


CA1
LCC
-1999
F66

From Restorative Justice
to Transformative Justice

Discussion Paper

3 1761 117664789

LAW COMMISSION OF CANADA
COMMISSION DU DROIT DU CANADA

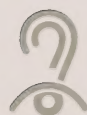


Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117664789>

From Restorative Justice to Transformative Justice

Discussion Paper



LAW COMMISSION OF CANADA
COMMISSION DU DROIT DU CANADA



Catalogue No. JL2-6/1999

ISBN 0-662-64363-1

Canada



Preface

The Law Commission of Canada has identified Social Relationships as one of its key research themes. As society becomes more diverse, Canadians are increasingly seeing themselves not just as individuals, but as members of groups. Yet much of our law continues to be based on the assumption that only individuals matter. This is most evident in the way it addresses interpersonal relationships that give rise to conflict.

Traditionally, judicial procedures have presumed that the goal of litigation is to discern the facts that relate to a particular situation of conflict, and then to identify the law that applies to these facts. The adjudicative process is two-sided, adversarial and backward looking. It works to produce winners and losers.

Many of our most important societal issues can be only imperfectly forced into this model. Frequently, there are multiple parties to a conflict. The issues that divide parties are often not two-sided, but are multi-sided. And the remedies sought by persons in conflict are not necessarily just the reparation of some harm or the restoration of a previous situation; often they seek the transformation of a relationship gone sour.

The limits of the criminal and the civil law in responding to conflict have been well worked over by scholars and commentators. This is especially true in relation to the criminal law. A great deal of effort has been devoted to finding alternatives to punishment and incarceration as a way of rehabilitating offenders. The idea of restorative justice is one promising approach to recasting criminal law.

In the law of civil disputes – contracts, property claims, family law, and so on – a like reassessment is underway. Here the goal has usually been to consider alternatives to courts as a way of resolving disputes. Energy has not been invested either in reconceiving the theory and the practice of justice upon which these alternatives should be based or in evaluating the way in which these challenges evidence larger social transformations.

The Law Commission of Canada sees restorative justice in the criminal law and alternative dispute resolution in the civil law as closely connected. They both attempt to trace a new understanding of how we might imagine the processes by which conflicts are named and framed, the assumptions about who is properly a party to a dispute, and what the optimal remedial outcomes might be. This Discussion Paper begins with the idea of restorative justice as it has been developed in the criminal justice system and seeks to extend it, through the notion of transformative justice, to other fields of law.



This Discussion Paper was prepared for the Law Commission of Canada by Dennis Cooley. We are most appreciative of his efforts. We also wish to acknowledge others who have contributed to our Transformative Justice project: Jennifer Llewellyn and Robert Howse, authors of a Background Paper entitled "Restorative Justice – A Conceptual Framework"; participants in the Round Table on Restorative Justice held in the fall of 1998; and those who were active in the electronic discussion group organised by the Law Commission this spring.

We hope this Discussion Paper will generate an extensive debate that will both inform further research under our Social Relationships theme and assist us in preparing a Report on Transformative Justice for submission to the Parliament of Canada. We would be most pleased to receive your comments and reflections:

By mail: The Law Commission of Canada
1100 – 473 Albert Street
Ottawa, Ontario
Canada, K1A 0H8

By fax: (613) 946-8988

By e-mail: info@lcc.gc.ca



Table of Contents

| | |
|---|-----------|
| Executive Summary | 1 |
| Conflict and justice | 2 |
| Restorative justice: Another approach to conflict | 2 |
| The prospect of transformative justice | 3 |
| I Introduction | 5 |
| II Thinking about Conflict | 7 |
| Elements of conflict | 7 |
| Different ways of defining conflict situations | 10 |
| Responses to conflict | 12 |
| Thinking about conflict restoratively | 15 |
| III Thinking About Justice | 17 |
| Concerns with the criminal justice system | 17 |
| Private and public punishment | 19 |
| Justice as a lived experience | 21 |
| IV The Promise of Restorative Justice | 25 |
| Restorative justice programs | 25 |
| The restorative justice framework | 26 |
| Principles of restorative justice | 28 |
| Restorative justice as a response to conflict | 31 |



| | |
|---|-----------|
| V The Challenges Of Restorative Justice | 33 |
| What does restoration mean? | 33 |
| Restorative justice as a separate or integrated response to conflict? | 35 |
| Coercion. | 37 |
| Restorative justice and justice | 38 |
| Restorative justice and private justice | 39 |
| Victims' needs | 40 |
| What does 'community' mean? | 41 |
| Criminal justice as a way of changing society? | 43 |
| Whose interests does restorative justice serve? | 44 |
| VI The Prospect of Transformative Justice | 47 |
| Selected Bibliography | 53 |

Executive Summary

A child misses a curfew. A worker is reprimanded for a safety violation. An employee releases confidential company information to a competitor. The police arrest a woman for manslaughter. A spouse is rebuked for inappropriate conversation during dinner. A manufacturer is unable to pay for raw materials. Two neighbours refuse to speak after a disagreement about the location of a property line. A manufacturer violates an environmental regulation. A person's dog kills a neighbour's chicken. A hunter shoots a deer without a permit. A couple decides that they can no longer live together. A company goes bankrupt, leaving workers, suppliers and lenders unpaid. The Supreme Court of Canada clarifies the constitutional powers of the Parliament of Canada.

So much of our lives is bounded by situations of conflict that we are often unaware of how events and practices come to be defined as conflict. For this reason too, the implications of the strategies we use to respond to conflict often pass unnoticed. Conflict is more than a disagreement. Conflict occurs when the actions of one individual or group are defined by another as inappropriate and therefore meriting some form of response. Inappropriate behaviour is conduct that is outside the bounds of what is generally regarded as normal or acceptable in a given situation. Conflict is an elemental feature of our society because it engages us in defining and responding to right and wrong.

Some conflicts can cause deep and long-lasting physical and emotional harm. Others produce effects that are fleeting. The intensity of a conflict has both objective and subjective elements. For example, some conflicts may result in only minor property or physical damage but leave long-lasting emotional damage. The subjective element of conflicts alerts us to the fact that the effect of conflicts will depend to a large extent on the perceptions and reactions of the injured party.

Conflict is not just a negative feature of social life. Conflict can also have many positive features. Conflict teaches each one of us right from wrong and fosters moral growth and development in individuals. On a societal level, conflicts help establish what is and is not acceptable behaviour. Conflicts allows us to examine, reaffirm or revise standards of behaviour against competing interests.

Conflict thus presents a challenge and an opportunity for a society. The goal of social policy cannot be simply to eliminate conflict – an impossible task. It is, rather, to capitalise on the transformative potential of conflict, to use conflict as a springboard for moving towards a more just society.



Most people have many different ways of responding to conflict. These can be as simple as tolerating or avoiding offending behaviour or dealing with conflict themselves through self-help. These informal responses appear mundane compared to responses such as criminal and civil trials, both of which are highly formalised and imbued with ritual and symbolism. When we first think about it, we tend to see trials as the normal or even preferred process: we think that dealing with conflict should be a responsibility of government. Yet in our daily lives we rarely encounter these formal responses. Moreover, it is not certain that they are any more sophisticated or effective (or fallible) than the informal methods we use each day.

Conflict and justice

Conflict and our response to it are directly connected to our individual and social conceptions of what justice requires. What is fair, right and appropriate in any given circumstance? Our sense of justice and injustice is aroused when we face situations of conflict. Our sense of justice is affirmed when we are able to resolve conflict to our satisfaction.

Both the civil and the criminal justice systems, as they are currently constituted, can fail to provide justice in this sense. The public seems to be losing confidence in their ability to respond to its needs and expectations. Civil courts are inaccessible to increasing numbers of people. But beyond the issue of accessibility, Canadians' experience of justice in the civil courts has come to be characterised by disenchantment and a sense of disenfranchisement. The situation is mirrored in the criminal justice system. Victims and offenders are detached from the criminal process. Police, courts and corrections professionals recognise that they are reaching the limits of the current system's capacity to respond effectively to crime. Both the general public and professionals are concerned that current policy and practices leave much to be desired. Both are searching for new methods to resolve conflicts.

Restorative justice: Another approach to conflict

The idea of restorative justice represents an innovative way of responding to crime and conflict. Although approaches we now call restorative justice can be found in the histories of peoples across the world, the most recent movement towards restorative justice in western criminal law systems began in the early 1970s. Two Canadians, Mark Yantzi and Dave Worth, asked a judge in Kitchener, Ontario to permit them to try a different



approach in dealing with two young offenders arrested for vandalism. The approach was to allow the victims and the offenders to take a key role in deciding the most appropriate method of responding to the harm done by the conflict. Since then, the scope of restorative justice practices has grown considerably and restorative justice has moved from the margins of criminal justice policy to a point where it is now part of the mainstream.

Restorative justice begins from the premise that the most effective response to conflict is to repair the harm done by the wrongful act. Material and symbolic reparations begin the process of restoration, but restoration means more than receiving compensation. For those harmed, restoration means repairing the actual damage caused by wrongdoing *and* restoring their sense of control over their lives. For wrongdoers, restoration involves accepting responsibility for their actions by repairing any harm that they caused *and* dealing with the issues that contributed to the wrongdoing. For the community, restoration means denouncing wrongdoers' behaviour *and* assisting victims and offenders in their process of restoration. The restorative justice approach responds to the immediate conflict *and* encourages the development of respectful relationships among those who are wrongdoers, those who have suffered harm and members of the community.

Today, there are a variety of restorative justice programs in the criminal justice field. Most programs rest on the following three principles:

- Crime is a violation of a relationship among victims, offenders and the community.
- Responses to crime should encourage the active involvement of victim, offender and community.
- A consensus approach to justice is the most effective response to crime.

Wherever possible, these restorative justice programs bring wrongdoers, those who have suffered harm and community members together to work through the aftermath of a crime in a manner that reflects and responds to the needs of all parties.

The prospect of transformative justice

Other legal domains exhibit many of the problems found in the criminal justice system: law is frequently unresponsive to the needs of people in conflict; conflicts are framed in legal language rather than in terms of how individuals experience them; remedies often do not provide adequate redress for those who have been harmed; and the process is frequently time-

IDEAS AND INNOVATIONS sometimes have humble, and even unplanned beginnings. A Saturday night vandalism spree by a couple of intoxicated teenagers resentful of the local police in a small town called Elmira was hardly the making of headlines or criminal justice history. And when the two young men were subsequently apprehended and pleaded guilty on 28 May 1974 to twenty-two counts of wilful damage, they had no idea that their experiences would be told and retold as the 'Elmira Case' in countless articles, speeches, and conference presentations.

D E. Peachey, "The Kitchener Experiment" in M. Wright & B. Galaway, eds., *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community* (London: Sage Publications, 1989), 14 at 14.



consuming, costly and confusing. Might not we be able to apply the ideas of restorative justice to conflicts in the civil law arising in areas such as environmental law, corporate law, labour relations, consumer bankruptcy and family law to name a few? Might we even be able to use these ideas in handling civil disputes where there is no obvious wrong or wrongdoer?

This Discussion Paper is the first stage of the Law Commission of Canada's work under its Social Relationships theme. We believe there is much to be learned about how to handle complex relationships involving several competing interests from the way restorative justice is practised in Canada and throughout the world. In exploring how restorative justice can be developed within the criminal justice system, we also seek to test whether its framework and principles can be used to establish new understandings of processes for resolving civil disputes.

I Introduction

Law and justice are two of the most important ideas our society uses to describe, shape and nurture relationships. They are also among the most controversial. The relationship between them is not always close and occasionally they stand in opposition. Sometimes law appears as among our noblest social achievements; on other occasions it offers little solace to those who must endure relationships that are painful, unfulfilling or dysfunctional.

When relationships are built upon trust, interdependence and respect it is common to use words like healthy and harmonious to describe them. Here law can be seen as offering rules, procedures and institutions that facilitate just interactions between people. When any one of trust, interdependence and respect is absent, we usually describe the relationship as being out of balance. Often, the lack of balance is manifest in a conflict.

But this is not the only way that everyday human interaction can be viewed. We can also see disagreement and conflict as an inevitable product of everyday life. People have their own interests, desires and projects. These are constantly running up against interests, desires and projects of others. Moreover, sometimes activities which do not begin in disagreement wind up in conflict because circumstances or points of view have changed. In such cases we see an entirely different side of law: law as a means to achieve justice by controlling socially inappropriate behaviour that reveals itself in conflict.

For centuries philosophers, statespersons, and jurists have debated how these two understandings can be reconciled. The debate has often centred on the criminal law, where the "law as a means of social control" perspective dominates. Law announces a series of behaviours that it deems unjust, and establishes processes for labelling, detecting and repressing them. In western law, we have long believed that giving such a role to the state is the best way to prevent blood-feuds and other escalations of conflict.

Today, this conclusion is increasingly coming into question. The state-sponsored system of criminal justice no longer appears adequate to address our needs. Many think that the "law as a means to facilitate harmonious social interaction" perspective should have a greater place in our understanding of the criminal law. Here the focus is on relationships between the parties and how these relationships are shaped by the law and other social institutions.

Restorative justice has been the concept by which this alternative understanding of the criminal law usually finds expression. But it also has



echoes in contemporary approaches to civil disputing that take their distance from adversarial adjudication. Both lead to new understandings of how conflicts are named and framed, and how conflict can be dealt with creatively.

In this Discussion Paper we begin by considering the transformative potential of the idea of conflict itself. Sufficient energy has not been invested either in reconceiving conflict or the theory and the practices of justice upon which legal responses to conflict should rest. In this light, the initial question is: how ought we to understand and approach conflict?



II Thinking about Conflict

Conflict permeates all aspects of our lives; it is present in our homes, at work and in the relations we have as members of communities. This is not to suggest that we live our daily lives under a siege mentality. Conflicts vary in intensity and duration. Some conflicts cause deep and lasting physical and emotional damage. Indeed, some conflicts pervade our lives so thoroughly that they come to define who we are. Other conflicts are simply irritants, mild aggravations that roll off our backs as we go through our daily routines. Moreover, conflicts are not entirely negative. On an individual level, they alert us to how our behaviour affects others and to different ways of looking at events and situations. On a societal level, conflict is frequently the impetus for change and social development. How we respond to the challenges and opportunities presented by conflict reflects our conception of justice.

Elements of conflict

Conflict arises from behaviour of an individual or group that is defined by another as inappropriate and as meriting a response. The behaviour may be pathological (the sexual deviance of a paedophile, for example) but most inappropriate behaviour is of a less serious and more commonplace nature (smoking in a non-smoking area, for example). Conflict and our response to it rise and fall together. They are flip sides of the same coin of social interaction.

Conflict, as the term is used here, is a relational concept. It necessarily involves the interaction of people or groups in society. It does not include psychological conflict, the psychic tension or anxiety one may experience when faced with a problem, or the mental struggle resulting from incompatible or opposing needs, drives, or wishes. This type of conflict can have serious repercussions for individuals and those close to them. We shall, however, limit the term to conflicts that involve disagreements over right and wrong (including degrees of 'rightness' or degrees of 'wrongfulness') that occur between individuals or groups.

Conflict is not the opposite of order; conflict and order do not exist in a zero sum relation. In many instances the rules and methods we use to bring about order in our society actually engender conflict, either intentionally or unintentionally. More fundamentally, conflict among people is inevitable because it involves labelling behaviour as right or wrong. Clashes over

CONFLICT OCCURS whenever anyone provokes or expresses a grievance. It occurs whenever someone engages in conduct that someone else defines as deviant or whenever someone subjects someone else to social control

D. Black, *The Social Structure of Right and Wrong*, rev. ed. (San Diego, CA: Academic Press, 1998) at xiii



conceptions of right and wrong behaviour characterise the human condition. Such conceptions often vary along the major axes of our societies: culture, geography, gender, generation, ethnicity, race and religion. Some notions of right and wrong are more or less constant across these axes (homicide, for example) while others exhibit a much greater variability (the use of alcohol, for example). Some engage most members of society while others directly relate to particular groups within society. Whatever the criminal law might say, peoples' conceptions of right and wrong can change across social settings and over time.

Discussions of right and wrong are present in all facets of our private and public life. Within the family, they are frequent, particularly with respect to interactions between parents and children. In our work lives we are continually called upon to create, interpret, or observe the rules and procedures that structure our relationships with co-workers and the general public. As members of a community we engage in discussions both on issues of local and particular concern (zoning and by-law enforcement, for example) and on issues of a national and wide-ranging scope (constitutional law, euthanasia, trade policy and immigration, for example). These discussions are focussed on how to understand the meaning of right and wrong, on how to respond to actions we see as wrongful and on how to prevent actions giving rise to conflicts in the future. It is through these types of discussions that notions of right and wrong are crystallised into social rules and practices. These discussions are never complete. Standards of behaviour, whether formal or informal, are constantly challenged, reconsidered and scrutinised.

Agreeing on general principles to define right and wrong behaviour is an important first step in establishing the scope of a conflict. But conflict also occurs over the interpretation and application of definitions of right and wrong. An environmental organisation and a mining company may recognise the need to minimise environmental degradation but disagree over the interpretation of emission standards established by a regulatory body. Two siblings may agree with the general principle that a toy should be shared but they may have conflicting views on how this general principle ought to be put into practice. Two countries may enter into negotiations to draft a joint management agreement to protect fish stocks, but they cannot agree on how the catch is to be distributed amongst each nation's fishers. Many reasons account for disagreements over the interpretation of an agreed upon principle: the inherent uncertainty of language, the difficulty of quantifying or measuring practices against abstract principles, the desire



to gain an unfair competitive advantage, spite and the protection of economic or political interests are just a few.

Even if conceptions of right and wrong and their meaning in practice were more or less agreed upon by all members of society, conflicts would still arise. Individuals, for a variety of reasons, sometimes engage in behaviour that they know will be met with disapproval by others. Often, a community comes to a better understanding of its values because there are those who expressly contest these values.

The intensity of a conflict can be measured objectively and subjectively. Objectively, we can assess the physical and emotional harm to persons and the damage to property. Wars, violent insurrections and other forms of armed conflict result in substantially more damage than spray-painting graffiti or illegal parking. The intensity of a conflict also has subjective elements. Suppose a couple's apartment is broken into and some belongings are stolen. The two individuals may respond quite differently; one may experience greater levels of fear and anxiety and may change his or her behaviour or may invest in a security alarm or window bars to prevent future break-ins. The other may simply replace the lost articles and carry on with life in a normal fashion.

The objective and subjective effects of conflict do not always go hand in hand. Conflicts that result in high levels of property and physical damage are likely to have substantial subjective effects, but this is not always the case. How people experience wrongdoing is affected by their age, gender, their relationship to the other parties in the conflict, their reaction to previous conflicts and several other variables. In many circumstances, the objective damage caused by an incident can be remedied rather easily, but its subjective repercussions may last for weeks, months or even years.

Conflict causes pain and loss. It damages people and property, sometimes irreparably. Conflict has the potential to destroy relationships between people. But there can also be positive effects of conflict. Conflict defines boundaries, both in a physical sense and a social sense. It establishes limits as to what is and is not acceptable behaviour. Children learn what is socially acceptable behaviour through conflicts with their peers, their parents, their teachers and others they encounter in their lives. Conflict clarifies and reinforces standards in society.

On an individual level conflict provides an opportunity for growth and moral development. We learn from our mistakes. We learn to develop an appreciative understanding of the interests and concerns of others. At the community level, conflict provides an opportunity to discuss the values and standards that underpin rules and regulations, to examine their

assumptions and to test their validity against opposing claims. In this way, conflict is instrumental in changing formal rules to better accommodate the competing interests of individuals and groups.

Different ways of defining conflict situations

The way we understand and judge behaviour is never fixed. It reflects our striving for a better understanding of right and wrong as well as the ebb and flow of power relations in our society. For example, environmental groups have sought for many years to re-define certain accepted practices – clear-cut logging, commercial whaling, the seal hunt and natural gas flaring – as inappropriate. In short, they have tried to define a conflict. It is not enough to simply generate conflict. We also have to specify the type of conflict that exists. Whether we see a particular conflict as a health issue, a tort, an error in judgement, a breach of contract, a personal short-coming, evidence of psychosis, a violation of international law, an economic matter, or in some other fashion in part reflects how successful competing groups have been in advancing their interests. These different characterisations are not, of course, exclusive: violently striking another person may be at the same time a crime, evidence of psychosis and a personal shortcoming. Nor are they fixed: violently striking another person may be defined first as a personal shortcoming, then a crime, and then evidence of psychosis. Each party to a conflict may see the conflict differently, which only adds to the complexity of resolving it.

Conflict is a relational concept; it occurs when one party defines the actions of another as inappropriate and therefore meriting some type of response. The party that was wronged is not always in the best position to recognise the act as deviant. In the case of incest, for example, a child may be told by an authority figure that sexual relations between an adult and a child are appropriate. The child may accept the abuse as normal behaviour. Only after third party intervention does the child come to understand this behaviour as wrong.

There is nothing inherent about a conflict situation that would privilege one characterisation over another. Which characterisation prevails is largely shaped by the relative power of different groups in society at different times. Business and labour, gender, race and ethnicity are common ways by which we group diverse interests in society. The power of these groups to have their interests recognised varies over time. Nonetheless, because of their structural position in society and because of the resources they have available some groups have a decided advantage in defining

conflicts – business more than labour, the wealthy more than poor, men more than women and non-Aboriginals more than Aboriginals, for example.

The relationship between power and conflict is exposed when characterisations of conflict change as a result of political struggle among competing groups. Health advocates fought tobacco companies to change the public's view of cigarette smoking from a lifestyle issue to a health issue. Conversely, many cancer specialists are now lobbying to have cannabis recognised as a legitimate medical treatment rather than strictly as a substance subject to criminal sanctions.

The definition of a conflict can also be a means by which relationships of unequal power are maintained. Until the last quarter of this century domestic assault was treated as a private issue. Law enforcement agencies were reluctant to intervene in disputes that the law defined as private issues between men and women. The definition and application of the law reflected power imbalances based on gender; defining spousal abuse as a private act, a matter best left within the family, was one of many ways in which law functioned to accord men legal rights *over* women. It was only through the efforts of women's organisations and other groups that spousal abuse was recognised and dealt with as a criminal act. The quality of the act did not change. But its definition did. As the power of different groups grew, the bias in traditional definitions of public and private came to be exposed. In a very real sense, how we define conflict is a product of struggle between competing groups in a society.

This competition for power is also reflected in the language we use to describe a conflict and the types of knowledge and experience that are deemed relevant in discussions about it. The medical profession, social services, labour, the criminal and civil law, victims' organisations, environmentalists, health groups, economists and business interests have their own language and set of concepts. These they use to qualify particular experiences, to promote certain kinds of knowledge and to discount alternative accounts. The legal system, for example, takes conflicts that occur in our everyday lives and translates them into the language of rights and wrongs. Parties to a conflict are constituted as legal subjects with rights rather than as individuals with problems that need to be solved. Those aspects of the conflict that are legally relevant are recast within the language of the law while legally irrelevant events are left aside, regardless of their importance to the participants.

The way we think about a conflict establishes a set of criteria against which a successful outcome is measured. Defining a conflict one way brings certain issues to the foreground and pushes others to the background.

IF WE ACCEPT THAT LAW, like science, makes a claim to truth and that this is indivisible from the exercise of power, we can see that law exercises power not simply in its material effects (judgements) but also in its ability to disqualify other knowledges and experiences. Non-legal knowledge is therefore suspect and/or secondary. Everyday experiences are of little interest in terms of their meaning for individuals. Rather these experiences must be translated into another form in order to become 'legal' issues and before they can be processed through the legal system.

C. Smart, *Feminism and the Power of Law* (London and New York: Routledge, 1989) at 11



The use of illicit drugs is currently viewed as a criminal problem. Once defined as a criminal problem, law enforcement agencies are called upon to police the use and distribution of illicit drugs. The primary goal is to reduce the incidence of illicit drug use through arrests and convictions. Prevention and treatment for the effects of drug use are secondary goals. If drug use were re-defined as a health problem (as cigarette smoking currently is defined), the primary goal would shift to prevention and cessation. Treatment would become a high priority. Economic issues around taxing the sale of formerly illicit drugs would move to the foreground and the enforcement role of police would recede.

Once an issue is characterised in one particular way, there is an institutional impetus to maintain that characterisation. This is particularly true of the criminal law. For example, once a given dispute has been defined by the police as a criminal offence, the original parties to it are almost powerless to change the definition. The conflict is now under the control of the state; the participants in the dispute may be consulted or they may be asked to provide evidence in court, but the decision on how to proceed with the case is ultimately the state's. There is no necessary connection between the interests of the state and the interests of the participants in conflict: the victim may want a quick resolution to the case, whereas the Crown may wish to hold the case over to collect more evidence; the victim may want to be compensated for the damage caused by the crime whereas the Crown may be primarily interested in a conviction; the victim may simply want to put the incident out of her mind or deal with it privately, whereas the Crown may want the victim to provide evidence of the crime in court; the victim may want the Crown to proceed with all the charges laid by the police, while the Crown may conclude that it only has enough evidence to proceed with some of these.

Responses to conflict

Conflict arises when actions are judged to be inappropriate. Responses to conflict are how we put into practice standards of appropriate conduct, or principles of right and wrong. Our responses to conflict can take many forms. They may reflect a highly individualised sense of justice, as in a personal retaliation for a perceived wrong. Or they may be much broader in scope and reflect more abstract considerations of justice such as procedural fairness, equity and proportionality.

One way to think about different responses to conflict is according to the degree of formality they exhibit. There are many formal arenas for handling



conflict: the civil and criminal law systems, administrative tribunals, regulatory agencies, tax courts, human rights tribunals, labour relations boards, and professional association disciplinary panels, to name only a few. The degree of formality varies from setting to setting but each of these formal responses to conflict has its own particular sphere of jurisdiction, each has a cadre of professionals with expert knowledge regarding the rules of process that govern its particular tribunal and each has a defined set of sanctions or remedies that can be applied in an effort to resolve the conflict.

A central feature of formal responses to conflict is that the authority of the decision-maker ultimately rests on coercion backed up by state force. The link between the decision of a criminal court judge and the legitimate use of force is direct and immediate. In other settings, this link is more attenuated. Opposing sides to a civil trial may negotiate statements of fact or they may enter into a settlement prior to the court's decision. Nevertheless, these negotiations and settlements take place against the backdrop of the authority of the court to impose a decision and to issue an order enforcing the judgement.

When we think about how to resolve conflicts, we tend to think first of formal types of responses: for example, the criminal and civil courts. Considerable resources and energy are invested in the courts to make them more efficient and improve the quality of justice they render. By focussing on these formal processes, however, we tend to neglect other responses to conflict that play an equally prominent, or perhaps more prominent, role in our lives. Often we handle disputes ourselves. Sometimes the court system may be unavailable or inaccessible to individuals. Abused children, battered partners, the poor and others often lack the power or resources to seek out agencies such as the police or social service workers to assist them in resolving a conflict. Frequently they are threatened with further violence if they do. The Law Commission of Canada's examination of child abuse in institutions tells us that people who lack power are often denied access to the legal system. They are placed in a position of having to tolerate abuse or deal with the situation themselves.

Sometimes, even if the courts are available people choose to deal with conflict informally. Neighbours settle disputes with a fence. A small business owner reaches an understanding with a supplier. Consumers who purchased defective products may accept the loss rather than face the uncertainty, cost and time of bringing a lawsuit. Prisoners, outlaw motorcycle gangs and drug dealers resolve conflicts themselves rather than draw the attention of police and other officials.

STUDENTS IDENTIFIED THE ADULTS who had abused them. Students identified other children who had been victims of abuse. Students disclosed that they had, in turn abused other children. Their stories were not acted upon by the police or the authorities responsible for their care. . . . Jericho Hill dormitory staff denied any knowledge of abuse and were believed, even though they could clearly be viewed as in a position of conflict, needing to protect their own self-interests. It appears that some staff were aware of abuse situations. Those who disbelieved attempted to discredit and remove the advocates who persisted in presenting the children's disclosures as credible.

Ombudsman of British Columbia *Abuse of Deaf Students at Jericho Hill, Public Report No. 32*, November 1993

Aggression, avoidance and toleration are methods of informal conflict resolution. Some of what we define as crime is aggressive self-help, or using violence as a means of resolving a conflict. Avoidance includes walking away from a conflict that is in progress or not exposing oneself to situations in which conflict is likely to occur. Resignation, running away, hiding, shunning and migration are specific examples of avoidance. Toleration is another response to conflict. We may simply tolerate the inappropriate behaviour of those we love, those we fear and those who are more powerful.

Therapy, counselling, popular justice forums, community organisations, meetings, discussion groups and working parties are less formal responses to conflict that do, nonetheless, involve other people. These forums are generally, but not always, at a distance from the government. They tend to be more local, less bureaucratic and less likely to rely on coercion as a means of ensuring that participants comply with decisions reached. Mediation, negotiation, settlement and reconciliation are well-known methods of arriving at consensually-based resolutions to conflicts.

The relationship between disputing parties has a large bearing on how conflict is handled. Conflicts can occur between individuals, between an individual and a collectivity and between collectivities. The inability to repay money borrowed from a family member will be dealt with differently than a default on a bank loan. A small business takes a different approach to labour-management issues than a multi-national corporation. Those with more power may favour the unilateral imposition of a resolution to a conflict as opposed to a negotiated or consensually-based resolution. Parties who are interdependent (on-going business and professional relationships, for example) or whose mobility is restricted (residential schools, prison and army barracks, for example) may favour certain responses to conflict that are not available to, or not favoured by parties who are independent or transient.

The subject matter of the conflict also affects the availability of options for resolving it. For example, suppose two enterprises negotiate a million dollar contract for the sale of computer chips. The chips are of sub-standard quality. In the normal course of business, this situation may be defined as a breach of contract, and may lead to a lawsuit. Suppose, however, that instead of computer chips the product in question was illegal drugs. In this case a breach of contract action is unavailable since the courts will not enforce an illegal contract. Moreover, the parties themselves would likely prefer an informal method of conflict resolution that does not involve the state.



Thinking about conflict restoratively

Thinking creatively about conflict is the first step to finding responses that resonate with how Canadians perceive justice. This is true whether the substance of the conflict is a bank robbery, environmental pollution, a consumer dispute or an argument on a school playground.

Restorative justice is a general approach to the challenge and opportunity of conflict. It offers a framework for thinking about and responding to conflict and crime, rather than a unified theory or philosophy of justice. The restorative justice approach has been used to develop a number of programs that are currently operating in Canada and elsewhere: victim-offender mediation, sentencing circles, family group counselling and sentencing panels, among others.

The starting point of most restorative justice programs is the idea that conflicts that are called crimes should not be viewed just (or even primarily) as transgressions against the state; conflict represents the rupture of a relationship between two or more people. For this reason, the criminal justice system ought to focus on and address the harm that was caused by the wrongful act. Victims, offenders and the community should, as much as possible, participate in dealing with that harm. Offenders are encouraged to take responsibility for their actions. Victims are provided an opportunity for the damage caused by the act to be healed. Community members are actively involved in the process of resolving the conflict. While the specific role of the police, Crown attorneys and the judiciary varies from program to program, the key idea is that they should facilitate the settlement of the conflict to the satisfaction of the parties involved.

WHAT IS CALLED FOR is no less than a *fundamental shift in direction* to change the way we see the whole picture of what justice is about.

Church Council on Justice and Corrections,
*Satisfying Justice: A Compendium Of Initiatives,
Programs And Legislative Measures* (Ottawa:
Church Council on Justice and Corrections,
1996), online: Correctional Service of Canada
http://www.csc-scc.gc.ca/justice/e_justoc.htm



III Thinking About Justice

The recent interest in restorative justice developed as a response to dissatisfaction with certain aspects of the criminal justice process. Justice means achieving a situation in which the conduct or action of individuals is considered to be fair, right and appropriate for the given circumstances. Justice reflects our sense of right and wrong. Our sense of justice is called into question when our understanding of what is right is offended and is restored when wrongs are addressed. Justice, then, is bound up with responses to conflict.

When we talk about responses to conflict as justice we move beyond simply describing how one response works or why one particular response is more likely to occur in a particular setting. We are concerned with how things ought to be. Of course, volumes have been written about how the courts ought to render justice in situations of conflict. What is often overlooked, however, is that we are confronted with similar questions as we go through our daily routines. Should I reprimand my child for missing a curfew even though her explanation for why she was late sounded reasonable? What type of reprimand does she deserve? What purpose will a reprimand achieve?

Concerns with the criminal justice system

Over the past several decades many Canadians have criticised the law for its ineffectiveness in controlling (let alone reducing) the amount of crime in society. The courts, in particular, are said to be 'soft on crime', most recently in reference to young offenders. Being 'soft on crime' is the public's way of saying that sentencing is too lenient. Yet crime rates have been actually declining in recent years and Canada's rate of incarceration is among the highest of western nations.

Public opinion surveys have shown that some Canadians *underestimate* the severity of sentences that are actually handed down in youth and adult courts. This may be related to the type of information about sentencing that they receive from the media. The media tend to focus on violent crime. This leads Canadians to over-estimate the level of violent crime in their own neighbourhood. Furthermore, stories about sentencing generally lack sufficient details about the context of a crime.

This portrayal of crime affects how people regard criminal sentencing. Research has shown that when Canadians are asked to comment on the

THE CRIME RATE ... FELL for the seventh consecutive year in 1998. The 4.1% drop resulted in the lowest rate in almost 20 years ... Since peaking in 1991, the national crime rate has declined 21.7%. The rate for violent crimes was down 1.5% in 1998, the sixth consecutive annual decline. ... The property crime rate fell 6.7% in 1998, continuing the general decline since 1991. The youth crime rate ... has been dropping since 1991, including a 4.0% decrease in 1998.

Statistics Canada, "Crime Statistics, 1998". The Daily (Wednesday July 22, 1998), online: Statistics Canada <http://www.statcan.ca/80/Daily/English/990721/d990721b.htm>

THE PUBLIC HAS VERY LITTLE CONFIDENCE in the justice system's ability to deal with crime. Major flaws in the system are mainly seen as being related to the lack of severity in sentencing, the fact that inmates are released prior to completing their sentences, the parole board's inability to determine and assess risk properly, and the conditions in Canada's prisons which are viewed as being luxurious.

Angus Reid Group, *Alternatives to Incarceration: Final Report submitted to Solicitor General* (Ottawa: Angus Reid Group, April 1996) at 3.

VICTIMS ARE CONFUSED, fearful, and angry. They want to know why this happened, and why it happened to them. They feel insecure and do not know who to trust or rely on for support, understanding, and help. Not only do they suffer physically, emotionally, and financially from their victimisation, but they then face, often for the first time in their lives, the confusing complexity of the criminal justice system and all of its at times conflicting elements.

Canada, *Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights: Victims' Rights – A Voice, Not a Veto, Report 14* (Ottawa: 1998) at chap. 1, online: Standing Committee on Justice and Human Rights <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/3...URI/Studies/Reports/jurirp14-e.htm>

AS AGENTS OF THE STATE WORK on the accused's case, they redefine it and transform it in terms of the criminal law and also use the criminal law to regulate the process of resolution....They take over the accused's trouble or conflict and make it state property leaving the accused to await an outcome via a process that to him is complex, difficult to comprehend, and mystical and which makes him powerless.

R. V. Ericson & P. M. Baranek, *The Ordering Of Justice: A Study Of Accused Persons As Dependents In The Criminal Process* (Toronto: University of Toronto Press, 1982) at 216.

appropriateness of a sentence after reading newspaper accounts of a crime, they tend to think that the sentence was too lenient. However, when they are asked to comment on a sentence after reading court documents most believe that the sentence was too harsh.

Concerns have also been expressed about the ability of the correctional system to deter or rehabilitate offenders. Some people believe that life in prison is too comfortable and is not sufficiently punitive. This view is not shared by many who are familiar with the system. They see the high rate of repeat offenders as a direct consequence of the violent, over-crowded and inhospitable living conditions inside most prisons. Rather than rehabilitating offenders, prisons make some offenders more prone to commit crimes when they are released.

Canadians are also disillusioned with the conditional release system. But again, research shows that a high percentage of the population is supportive of conditional release and alternatives to incarceration for low risk, non-violent offenders. Other studies show that these alternatives are effective methods of dealing with offenders.

Dissatisfaction with the criminal law is particularly acute among those most affected by the process: victims and offenders. Victims are largely left out of the court process, except in their role as witnesses. It is assumed that the interests of the state and the interests of the victim are the same. Most victims want a public affirmation that what occurred to them was wrong, a need to which the criminal justice system is capable of responding. However, many victims also want answers to questions that the criminal courts are not structured to provide: Why did this happen to me? Will I be compensated for my damaged property? Victims' rights organisations have also expressed concerns about procedural issues. They feel that they have been excluded from the process and have lobbied for greater control over and input into decisions that are made regarding how cases are processed through the system. Finally, victims lack important information about what happens to offenders as they progress through the correctional system.

Many positive steps have been taken to assist victims. For example, victim impact statements may now be introduced in court. Victim/witness support programs have also been established in many jurisdictions. The goal of these programs is to assist victims and witnesses in understanding the trial process and to help avoid re-victimisation. Nonetheless, neither alters the structural position of victims within the system. Victims remain on the outside looking in, rather than being engaged as direct and active decision-makers.

The current criminal process also does not always do justice for offenders. It encourages many to be passive and to plead guilty in order to receive the



most lenient sentence possible. Their crime is objectified and abstracted from the social context in which it took place. Offenders' actions are cast in terms of violations of the Criminal Code rather than as violations of others. The offender's lawyer uses the law to distance the offender as far as possible from the conflict. Offenders are rarely provided the opportunity to develop an appreciation of the impact their actions have on the lives of victims, and seldom are they asked to repair any damage they have caused. Because it offers few incentives for offenders to accept responsibility for their actions, the trial process does little to instil in them respect for the law or respect for others.

The dissatisfaction of some Canadians with the criminal justice system often surfaces as outrage or shock in response to a particularly heinous crime or what is considered to be an inappropriate response by the courts or police. Crime fuels moral outrage and enflames passions. Parliament frequently responds by offering more stringent measures that it thinks will better protect law-abiding citizens – incarcerating more, and younger, offenders for longer periods of time in harsher prison environments and with fewer chances for early release. There are also forces pulling criminal justice policy in the opposite direction. Officials in the corrections system are seeking alternatives to incarceration by diverting offenders from prisons and increasing the number of prisoners eligible for community supervision. Moreover, these debates are taking place within the context of a government-wide realignment of social welfare policies and a climate of fiscal restraint.

Private and public punishment

The above criticisms cut to the core of the criminal justice system: they reflect a fundamental scepticism about its capacity to deliver justice. Many people do not believe that there is now a connection between the requirements of justice and the ways we respond to crime. To assess whether this is a valid belief it is necessary to examine different approaches to this relationship.

Revenge is individualised justice or justice as self-help. It is a personal matter, an individual response to a harm. An injured party seeks revenge against a wrongdoer in response to a harm for which the wrongdoer was responsible. In the eye of the injured party, the wrongdoer has gained an unfair advantage resulting in an imbalance in their relationship. Punishment is a means of restoring this relationship to one of equality. The imposition of a harm equivalent to the original harm imposed on the

...**THE PERCEIVED NORMALITY** of high crime rates, together with the widely acknowledged limitations of criminal justice agencies, have begun to erode one of the foundational myths of modern societies: namely, the myth that the sovereign state is capable of providing security, law and order, and crime control within its territorial boundaries.

D. Garland, "The Limits Of The Sovereign State: Strategies Of Crime Control In Contemporary Society" (1996) 36 *British Journal of Criminology* 445 at 448



injured party confirms that the injured party did not deserve the original harm. Revenge satisfies an individual need for vindication by ‘evening the score’ with the wrongdoer.

Because it is personal, there is no necessary reason to believe that what the injured party perceived as a harm was a legitimate harm or a harm that should be revenged. Revenge is also often highly emotional and random. A harm to one individual may result in a serious retaliation while a similar harm to another person may result in no retaliation. Revenge, therefore, is disconnected from proportionality. There is no way of ensuring that the punishment is proportionate to the harm done, nor is it possible to ensure that equal amounts of punishment are applied to similar wrongs.

Retribution is revenge formalised by the state. The idea of retributive justice is backward-looking; justice requires that wrongdoers receive their moral deserts. They should be punished because of their moral wrongdoing. The law reflects the basic standards of behaviour in a community; therefore, a wrong done to an individual is, by extension, a wrong done to the community. The state is justified in exacting retribution when there has been a violation of the law. In the hands of the state, revenge is cleansed of its arbitrary and capricious qualities. In a pure retributive system, punishment should be proportional to the harm caused by the act, and should not vary according to the characteristics of the wrongdoer or the individual who suffered harm. State-controlled retribution responds to the need to punish to restore a sense of balance between victims and offenders but it does so in a manner that is less emotional, more rational and more socially constructive than revenge. Impartiality is assured because justice is removed from the hands of individuals and placed in the courts which make decisions according to standardised criteria.

Notions of corrective or reparative justice operate in the field of civil disputes much like retributive justice operates in the criminal law. They focus on offering wrongdoers the opportunity to put right the wrong by making good the damage that was caused. Reparations indicate a willingness on the part of the wrongdoer to accept responsibility for the harm that was caused. Reparations are also an acknowledgement of the victim’s suffering. The return of the property re-establishes a relationship of equality. Thus, a violation of corrective justice involves one party’s material gain at the expense of another. Similar to ‘an eye for an eye’, the wrongdoer must return no more or less than what the victim lost. Justice is a matter of the transfer of resources from one party to another.

There are also forward-looking theories of justice. These theories seek to maximise the common good. Responses to conflict are not justified in terms



of desert or individual moral culpability. Rather the only just response to conflict is one that maximises social utility. Punishment may achieve this goal by deterring others from committing crimes. Punishment may also incapacitate an individual offender and therefore prevent further crime. Punishment may also rehabilitate the offender, in which case social utility is achieved through a reduction in crime.

The theory of distributive justice responds to the assumption that benefits and punishments in society ought to be distributed amongst individuals in accordance with some principle of proportionality. Distributive justice closely corresponds to our sense of fairness. The values that determine a just distribution are also variable and many volumes have been written about which should be preferred. 'Equal pay for work of equal value' responds to equity. 'One person, one vote' responds to equality. 'To each according to his or her need' responds to our concern for social justice in the distribution of goods and services. But what if need became the value that determined pay, or merit became the value for determining the number of votes or equality the value for determining the distribution of goods and services?

Justice can also be understood solely in procedural terms: regardless of the substantive outcome of their case, people want to be treated fairly by judges. They want judges to be impartial, to listen to them, to give appropriate consideration to their story and to make decisions in accordance with existing standards. A focus on procedural justice affirms that people are concerned about fairness, honesty and respect for rights in decision making. Being treated with respect and dignity reaffirms the place of individuals in society and shows that their views and concerns are valid regardless of factors such as social standing, age, gender or ethnicity.

Justice as a lived experience

These different conceptions of justice resonate with quite different moral concerns and interests. Each provides a unique perspective on how to respond to conflict. Each perspective is also partial. There is no way of ensuring that revenge does not lead to excessive retaliation. Retribution does not establish why we should punish offenders in order to restore the moral balance. Reparative and corrective justice are difficult to apply in conflicts not involving property. Distributive justice does not itself offer criteria for choosing between different principles of distribution. Procedural justice is silent on substantive issues.



Is it possible to think about justice as flowing from lived experience? If so, how?

Justice as a lived experience involves a search for the truth in the eyes of those most immediately involved in a conflict. This means no more than that they ought to be provided the opportunity to give their version of what happened, to explain their intentions and provide reasons for their behaviour in a language and manner to which they are accustomed. However much abstract ‘truth’ may rest on an objective set of facts and principles, the search for justice as a lived experience is a process of contestation, negotiation and agreement between parties to a conflict. By searching for truth in this sense, parties are better able to comprehend each others’ position. In turn, this encourages a better understanding of their own behaviour and reactions.

Justice also requires that wrongdoers and those who have suffered harm are provided with the opportunity to vent their anger in constructive ways. After all, revenge is the acting out of anger, however inappropriate that may be. It is important that victims are provided with a controlled, safe opportunity to say to wrongdoers “this is what happened to me”, or “this is the consequence of your actions”. Anger can be used as a means of showing wrongdoers that their behaviour has consequences and to encourage them to accept responsibility for their actions.

Justice as a lived experience may require a public confirmation that a wrong has occurred. Public confirmation affirms in the eyes of other members of society that rules about right and wrong matter and that there are consequences for violating them. Public confirmation also singles out the wrongdoer for special attention. Because of his or her behaviour, the wrongdoer is temporarily symbolically separated from society so that the behaviour may be scrutinised. The goal is not to stigmatise the wrongdoer, but to hold wrongdoers accountable for their actions.

Justice also has to be measured in terms of its outcomes and effects. It must be pursued in a manner that, at a minimum, does not cause any further damage. Any pain or suffering that results from the actions of wrongdoers must be minimised. Once this is accomplished, efforts should be directed at resolving the conflict in a manner that does not cause further pain to any of the persons harmed, the wrongdoer or the community.

Justice as a lived experience also has a procedural dimension. Justice demands that the procedures used to make the decisions are impartial and fair. Individuals must be treated with respect. The acknowledgement of wrongdoing must not be swayed by the individual circumstances of victims or offenders. But the outcome of the process must be tempered by



compassion. Justice must be capable of adapting to account for the context and the specific characteristics of the wrongdoer or those who were harmed.

Does the justice as a lived experience approach demand punishment – the wilful infliction of severe deprivations on a wrongdoer? Two preliminary points must be made. First, the use of the term punishment refers only to the actual sentence handed down. Second, not all such sentences actually amount to a punishment. One example can illustrate both points. A person is accused of stealing an article from a store and is charged with theft. The person suffers the shame of being arrested, the embarrassment of having to tell friends and family, the cost of hiring a lawyer and the stigma of having to go through the court process. Again, suppose the person was found not guilty. In this case, there is no punishment even though the person suffered a number of indignities along the way. Instead of being found not guilty, suppose the same person received an absolute or conditional discharge. Here also, the individual suffered a number of indignities, but does the absolute or conditional discharge amount to punishment? The suffering was the result of the process and not the sentence handed down by the court. Finally, suppose the same person received a fine of \$500. If that person had an annual income of over \$1,000,000 per year, would this constitute a punishment – the imposition of severe deprivations on a wrongdoer?

The criminal justice system is coercive. The process itself causes harm; but this is not the same as punishment. If a goal of justice as a lived experience is to do no further harm to the victim, the wrongdoer or the community, the wilful infliction of severe deprivations should not be a primary reflex.

IV The Promise of Restorative Justice

Restorative justice occupies the space between theories of justice and specific practices. Restorative justice is less a philosophical system than a set of ideas about how justice as a lived experience should be pursued. These ideas are experiential in nature. They are grounded in concrete actions. Restorative justice is a response to conflict that brings victims, wrongdoers and the community together to collectively repair harm that has been done in a manner that satisfies their conception of justice.

Restorative justice programs

There are a number of different types of restorative justice programs currently operating across North America, Europe, Australia and New Zealand. Victim-offender reconciliation programs are perhaps the best known and most widespread type of restorative justice initiative. These programs bring victims and wrongdoers together with a trained facilitator to discuss the conflict, identify strategies to repair the harm done by the conflict and agree on schedules for restitution, follow-up and monitoring. Victim-offender reconciliation programs allow victims to express their anger in a controlled environment and to ask questions of offenders. They also place wrongdoers in a position to learn the consequences of their behaviour, to accept full responsibility for their actions and to make appropriate reparations.

Victim-offender reconciliation programs are not appropriate when either the victim or the wrongdoer is unwilling or unable to participate, or when the offender has not been identified. In these circumstances, victim-offender panels offer an alternative. These programs bring victims of a certain type of crime together with people who have committed the same type of crime. While there may be no direct relationship between victims and wrongdoers, victims and offenders gain insight into their respective behaviour and reactions, and wrongdoers are shown the consequences of crime.

Family group conferences are similar to victim-offender reconciliation programs with the exception that they include a larger number of participants. Along with the victim and wrongdoer, family group conferences often include the victim's and wrongdoer's family members, professionals such as teachers and social workers, police officers and lawyers. During a conference, victims and wrongdoers tell their version of the event.

[RESTORATIVE JUSTICE IS] a way of dealing with victims and offenders by focussing on the settlement of conflicts arising from crime and resolving the underlying problems which cause it. It is also, more widely, a way of dealing with crime generally in a rational problem solving way. Central to restorative justice is recognition of the community, rather than criminal justice agencies, as the prime site of crime control. .

New Zealand, Ministry of Justice, *Restorative Justice: A Discussion Paper* (Ministry of Justice of New Zealand, 1996) at 1, online <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/1996/restorative/index.html>



Other participants are then given the opportunity to speak and the participants discuss what reparations are required. Family group conferences rely heavily on the ability of community members to evoke a sense of shame among wrongdoers. The purpose of the exercise is to show the community's disapproval for the act (but not the actor) and to provide an avenue for the offender to be welcomed back into the community.

Restorative justice is an approach to resolving conflict that places much attention on the physical, economic, emotional, psychological and spiritual elements of conflict. As such, it can be well-suited to achieving justice within a diverse population. Sentencing circles, for example, operate in many Aboriginal communities in Canada. Sentencing circles allow victims, offenders, community elders, other community members and court officials to discuss together the consequences of a conflict and to explore ways of resolving the aftermath. Restitution for damages and reintegrating the wrongdoer into the community are high priorities. Community members play an active role in assisting the victim and the wrongdoer with the healing process. Youth justice committees operate similarly to sentencing circles, although they are also used for non-Aboriginal offenders as well as Aboriginal offenders.

The restorative justice framework

A common theme of restorative justice programs is the effort to repair the harm caused by crime to the victim, the offender and the community. Currently, the criminal law focuses on the actions and mental state of the offender. Its aim is to determine guilt and to assess punishment. The actual harm that the offender caused is considered only as evidence of the seriousness of the offence or when determining the sentence. Restorative justice shifts attention towards redressing the harm that was done by the act and making reparations.

Reparations include returning or replacing property, repairing physical or economic damages such as fixing a broken window, paying for property damage, or providing compensation for out-of-pocket expenses incurred by the victim. Reparation may also take a more symbolic form such as providing community service or the offender participating in counselling or therapy to resolve issues that may have contributed to the wrongdoing. Reparations can be directed towards the immediate victims of the incident, secondary victims such as family and friends of the victim, or the larger community of the victim or wrongdoer.

Reparations are a vehicle through which restoration is achieved, rather than ends in themselves. The goal of restorative justice is not simply to compensate victims for lost property or damages that resulted from the wrongdoing. The damage caused by crime cuts far deeper than one's material possessions. Anger, resentment and a sense of loss of control over one's life are emotions that are often expressed by victims. Restoration is the process of 'righting wrongs' or healing wounds. Additionally, reparations only operate in one direction: the offender repairs the damage caused by the act. Restoration involves both the victim and the wrongdoer. Thus, while reparations are a strong (and perhaps necessary) first step towards restoration, in themselves, they are not enough.

Restoration has different meanings for victims, offenders and the community. For victims, restoration has a healing component. It may involve restoring victims' sense of control over their lives by providing them the opportunity to express their anger, to get answers to questions they may have about the incident and to re-establish order and predictability in their lives. For offenders, restoration involves accepting responsibility for their actions by repairing the harm they have caused. It also means addressing the issues that contribute to their propensity to engage in harmful behaviour. This may require dealing with anger management or chemical dependency. For the community, restoration involves denouncing wrongful behaviour and reaffirming community standards. Restoration also includes ways of reintegrating offenders back into the community.

The concept of restoration draws attention to the relationships between victims, wrongdoers and community members. A conflict may damage an otherwise healthy relationship between two or more people; a conflict may further damage an already unhealthy relationship; or a conflict may end a relationship between people. In some cases, restoration may mean re-establishing a pre-existing relationship between a victim and a wrongdoer that was damaged by the conflict. It does not, however, imply that all such relationships should be returned to their previous state. The relationship between a victim and a wrongdoer may have been steeped in inequality or held together by coercion or violence. In such a case, the parties may not wish to restore the original relationship but rather build new relationships based on principles of mutual respect. In the case of 'stranger crimes' or crimes in which the victim and the offender had no prior contact, the crime actually creates the relationship between the two parties. Here, the goal of restoration refers to the process of building a new relationship founded on respect and equality *if this is in the interests of both the victim and the offender*.

RESTORATIVE JUSTICE RECOGNISES the emotional effect of crime on victims, offenders and the community. This can adversely impact on people's functioning, their rehabilitation and their enjoyment of life. Restorative justice seeks healing of the emotional effects of crime as an important part of putting right the wrong. Hearing the emotional, physical and financial effects of crime is also an important component in holding the offender accountable. Without understanding the effects of their behaviour it is unlikely that an offender could genuinely take responsibility for the offence and its consequences.

New Zealand, Ministry of Justice, *Restorative Justice: A Discussion Paper* (Ministry of Justice of New Zealand, 1996) at 1, online



Restoration, therefore, has a double meaning. For victims and offenders it means healing the emotional and material harms caused by crime. At the level of relationships, restoration refers to the potential to build a new relationship based on respect and dignity.

Principles of restorative justice

The notion of restorative justice provides a framework for responding to crime that addresses the needs of victims and provides an opportunity for offenders to accept responsibility for their actions. Within that framework a number of different restorative justice programs may be imagined. Several have already been put into place. Almost all are based on three principles.

Principle 1: Crime is a violation of a relationship among victims, offenders and the community

The current criminal justice system in Canada defines crime as a violation against the state; the state takes control of prosecuting accused people. The focus of attention is on establishing that the conduct of the wrongdoer does or does not satisfy the legal definition of an offence. Many rules of criminal procedure have been developed to assist judges, lawyers, police and other court workers in this task. Once legal guilt has been established, attention shifts to determining an appropriate punishment for the offender.

Restorative justice redefines crime, interpreting it not so much as offending against the state, as an injury or wrong done to another person or persons. Crime is conflict between individuals that results in injuries to victims, communities and to wrongdoers themselves. In a restorative justice framework, the purpose of the criminal justice system is to respond to the harms caused by the conflict. This requires a complete understanding of the relationship between the victim and the wrongdoer, the nature of the conflict, the full range of harms that the victim received, what can be done to repair the harm and an understanding of what prompted the offender's behaviour and what can be done to prevent this behaviour from occurring in the future. Restorative justice is concerned with establishing that one is responsible for the violation of the relationship between the victim and the offender. Responsibility means accepting the consequences of one's behaviour and showing a willingness to be accountable for one's actions.

Legal guilt does not always directly relate to responsibility. One may be found guilty of a crime but still refuse to accept responsibility ("it wasn't my fault", "he deserved what he got"); one may accept responsibility for an act but be found not guilty ("I caused harm regardless of the fact that I was not

RESTORATIVE JUSTICE EMPHASISES the ways in which crime hurts relationships between people who live in a community. Crime is seen as something done against a victim and the community – not simply a violation against the state.

Center for Restorative Justice & Mediation, *Restorative Justice for Victims, Communities and Offenders* (St. Paul, MN: Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota, 1996) at 1.

guilty”); or one may both accept responsibility and be found legally guilty for an act (“I committed the act and I must repair the damage”). Moreover, the punishments following a determination of guilt (incarceration, fines, probation, etc.) do not necessarily relate to the sanctions that might flow from accepting responsibility for the consequences of one’s behaviour (reparations, compensation, community service, etc.).

Many procedural and substantive elements of the criminal justice process that are deeply entrenched are needed, given the consequences of a finding of guilt. But they can hinder the achieving of justice. Sometimes wrongdoers can hide behind these legal protections rather than accept responsibility for the consequences of their behaviour. What is lost by focussing exclusively on establishing legal guilt is any examination of the relationship between the victim and the offender, the harm that the victim suffered and the types of remedies that would redress the harm caused by the act in a manner that is satisfying to the victim and the community. Sometimes these necessary rules of criminal procedure actually make restorative justice harder to achieve.

Principle 2: Restoration involves the victim, the offender and community members

The logical response to seeing crime as a violation of human relationships is to invite those people who have been most affected to participate in deciding what to do about the wrongdoing. In the current system, the state assumes control over the process and the victim, offender and community members play passive roles. Victims have limited control over the proceedings or the outcome of the case and participate only by giving evidence; there is little incentive for wrongdoers to assume responsibility for their actions; and the role of community members is limited to serving on juries. By defining crime as a violation of relationships, all these have the opportunity to assume a greater role in the process of resolving conflict. The role of the state and legal professionals is cast as one of supporting a system that seeks offender accountability, as full participation as possible by both victims and offenders and making good, or amending, the wrong.

Restorative justice programs such as victim-offender reconciliation, family group conferencing and sentencing circles are built around an encounter between the victim and the offender. The encounter is designed as a safe space for people to meet in the presence of a trained facilitator to discuss ways to resolve the conflict. The facilitator guides the interaction. The parties provide their versions of the incident and are encouraged to ask questions of one another, provide clarification and context and develop



a common understanding of the event. They are also encouraged to talk about what steps can be taken to repair the harm done by the crime. This results in an agreement that specifies the type of reparations that have been negotiated.

The encounter places offender accountability in the forefront. Wrongdoers have to personally explain their behaviour to the victim and community members. Accountability is based on the belief that a wrongdoer owes a debt to the victim and the community for committing the offence. Wrongdoers are encouraged to develop an understanding of how their behaviour affected the lives of victims and to acknowledge the wrong through verbal or written apologies and by addressing any behavioural issues that contributed to their actions. They also demonstrate accountability by repairing the harm they have done through compensating victims or engaging in community service work.

Restorative justice requires the active participation of community members. They are encouraged to engage in constructive efforts that show their disapproval of the actions of offenders. Community members are also encouraged to support offenders' efforts to take responsibility for their actions and to support victims as they come to terms with the harm caused by the action. By playing an active role in the conflict resolution process, they are able to re-establish bounds of appropriate behaviour within the community.

Principle 3: A consensus approach to justice

The current criminal trial process developed centuries ago as an adversarial process. Opposing sides present their arguments before a judge. The judge weighs the arguments against legal principles, comes to a decision and announces that decision to the two parties. For the prosecution, the practical goal (whatever the theory) is to gain a conviction. For the defence, the goal is to avoid conviction. Offender accountability and victim needs are not key values.

In many situations a strict guilty/not guilty dichotomy is not an appropriate way to frame a conflict. Conflicts are frequently cumulative, the product of interactions of two or more individuals over time. The conflict that brought the participants into contact with the criminal law may be a symptom of an on-going problem in the relationship. Guilt may be ambiguous or it may be mutual. A finding of guilt may not even be relevant to the participants who may be more concerned with dealing with the aftermath of the conflict.

...LET US HAVE AS FEW EXPERTS AS WE DARE TO. And if we have any, let us for God's sake not have any that specialise in crime and conflict resolution. Let us have generalised experts with a solid base outside the crime control system.

N. Christie, "Conflicts as Property" (1977) 17 British Journal of Criminology 1 at 12.

A restorative justice approach aims at developing a consensus on how best to resolve the conflict. It sees the role of the criminal justice system as facilitating the active participation of victims, offenders and communities in finding resolutions to the conflict. This has to be negotiated and agreed upon by all parties. Lawyers, judges, police and other criminal justice personnel may be included in the process, although their role is more limited than in an adversarial process. Mediation, negotiation, settlement, compensation and reparation are the key concepts. The focus is on finding situations that are better able to satisfy victims' needs, better able to reintegrate offenders into the community and more adequately reflect communities' demands for justice. In order to encourage consensus on how best to handle a conflict, procedures have to be highly flexible and creative. In this way, outcomes can be tailored to the particular needs of individual victims and wrongdoers. Restorative justice programs must be able to respond to the needs of victims in a timely and sensitive manner.

Restorative justice as a response to conflict

The idea of restorative justice is a way of dealing with crime that redefines the role of victims, wrongdoers and community members. As a central component, restorative justice programs require the voluntary participation of victims and offenders. Both must be fully informed of their options prior to agreeing to participate in a restorative justice program. This is particularly the case for wrongdoers, who may be required to make an admission of guilt. The restorative justice process is relatively informal. Victims, offenders and community members are encouraged to find creative ways to resolve the conflict. Officials assume a non-directive role while ensuring that rights and interests of all parties are protected.

The timing of the restorative justice process and content of agreements will have more to do with the needs of victims, wrongdoers and the community, rather than the characteristics of the offence or the procedural requirements of the criminal justice system. Addressing the social, psychological, emotional and spiritual needs of victims and offenders as well as providing restitution to victims are top priorities. Justice is produced and reproduced in the actions of individual victims, wrongdoers and community members. It is the result of hard work, negotiations, disagreements and consensus building. In restorative justice the role of the criminal law process is not to exact retribution for the conflict but to engage victims, wrongdoers and community members in a constructive encounter that responds to their own understanding of what justice requires.

V The Challenges Of Restorative Justice

The above review of restorative justice focussed on the overall framework and principles that guide current programs. Because the restorative justice approach is a different way of thinking about crime and how to respond to it, a number of challenges it poses for the legal system have yet to be worked through. This section examines some of these.

What does restoration mean?

The concept of restoration itself causes some confusion about what the outcome of the process might be. A first point is that restoration is not the same as reparation. Reparations and restitution may be important to victims and offenders, but they do not constitute restoration itself. Second, 'restoration' should not be taken to mean returning the victim and the offender to their condition prior to the conflict. There are many situations in which the relationship between the victim and the offender was dysfunctional. For example, in cases of spousal abuse, child abuse and in other crimes involving abuses of power, the restoration of the relationship *as it was constituted at the time of the conflict* would not be an appropriate response to the conflict.

Restoration refers to engendering a sense of control over one's life and constructing relationships based on respect and equality. Restoration is brought about through healing wounds, developing a sense of well-being, fostering emotional and spiritual growth and moral development. Developing a sense of trust is also an important element of restoration. For both victims and wrongdoers, restoration is the personal reclamation of what was damaged during a conflict. This may or may not involve restoring the relationship that existed prior to the incident.

Restorative justice takes on the appearance of therapy for both the victim and the offender. Justice is seen to depend on achieving psychological/emotional well-being. As a therapeutic intervention restorative justice can operate at any point in the criminal justice process. Currently, restorative justice programs operate at the pre-charge stage, at the pre-conviction stage, at post-conviction but prior to sentencing, after sentencing, and while offenders are in prison or under community supervision. Sometimes they seem more directed to responding to conflict and sometimes they appear more as a therapeutic intervention, depending on the stage of the process.



For example, victim-offender mediation at the pre-charge stage may have a different dynamic than victim-offender mediation while the offender is incarcerated or on parole.

DISCUSSION POINT:

Restorative justice programs offered at different stages of the criminal justice process will have different goals. What are the implications for how the programs are structured, who participates, and how they are co-ordinated with the existing criminal justice system?

Some writing about restorative justice implies that crime represents a fall from grace. Offending is often recast as a moral failure, a personal violation that is tangible evidence of a lack of respect for community standards. If crime reflects a failure of personal responsibility then the goal of restorative justice is to reaffirm personal responsibility in the offender by acts of repentance through community service and restitution to the victim. Personal empowerment becomes a key feature of justice. There is a recognition that community members have a role to play in creating a social milieu that is favourable to crime, but only in so far as the community failed to integrate the offender. Changing society so that people are less alienated is less emphasised than individual restoration.

DISCUSSION POINT:

What is the relationship between individual restoration and the social forces that produce conditions favourable to crime?

Healing, contrition, forgiveness, growth and development are quite different concepts than those like proportionality, certainty and severity that we associate with the courts. As noted earlier, how we talk about a conflict structures our response to it, provides legitimacy to some forms of knowledge and discounts others and establishes criteria for how success is measured. For some people, the therapeutic twist of restorative justice represents an unwelcome expansion of state power. Others see restorative justice as curtailing state power. They see restorative justice as removing conflict from the clutch of the state and returning it to victims, offenders and the community.

FAR FROM USER EMPOWERMENT limiting the intervention of professionals into the lives of citizens, in current empowerment discourses we see the space being created for new sorts of professional expertise to emerge and for new or transformed 'client groups' to be identified as the objects of this new type of professional attention.

K. Baistow, "Liberation and regulation? Some Paradoxes Of Empowerment" (1995) 42 Critical Social Policy, 34 at 41.

DISCUSSION POINT:

Restorative justice offers a different way of organising our response to crime and conflict. What are the implications of introducing new types of knowledge and a new group of professionals into the criminal justice system?

One consequence of restorative justice programs is said to be the curtailment of state power. This assumes, however, that power transferred to the community is necessarily more benign than state power. It also assumes that once communities achieve this power there will be a corresponding decrease in the power of the state.

DISCUSSION POINT:

Restorative justice programs create new arenas of power in communities. What are the implications of this? Do they represent another layer of power that is superimposed on the existing criminal justice apparatus?

Restorative justice as a separate or integrated response to conflict?

The relationship between restorative justice programs and the current criminal justice process must be closely examined. Forms of popular justice that are set up as alternatives to the official process tend to be co-opted over time, just as forms of dispute resolution that are established by the state tend to become incorporated into the official system.

At the moment, restorative justice assumes a critical stance in relation to the criminal justice system. It is frequently cast as an alternative to the existing process *and* is dependent upon it. The relationship between these two responses to conflict will always be in tension. For example, restorative justice challenges the definition of crime: crime is a violation of relationships among people and not a violation of the state. Most restorative justice programs, however, do not carry forward this distinction. Most programs are organised around criminal behaviour rather than around conflict that may or may not be criminal.



...MAINTAINING THE PRESENT SYSTEM

would give heart to many people who fear violence. If [an alternate model] failed to work in a certain case, we could always fall back on the repressive system. The present system should always be kept in reserve, as a second string on the bow of crime control.

H. Bianchi, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control* (Bloomington, IN: Indiana University Press, 1994), at 96.

DISCUSSION POINTS:

Is it necessary for restorative justice to be tied closely to the criminal justice system?

If restorative justice is concerned with community building, or slowing the pace of community decline, then how should communities respond to non-criminal incivilities (broken windows, for example) that engender a sense of disorder, and heighten fear and anxiety?

There are other points of intersection between restorative justice and the existing criminal justice process. First, while the criminal justice system is not effective in dealing with the physical and emotional consequences of conflict it does have a better track record at determining legal guilt. Since many restorative justice programs require an offender to accept responsibility, what happens if responsibility/guilt is contested by the accused? How well equipped is restorative justice to sort out issues of guilt? Second, there would appear to be a requirement for some type of mechanism to enforce agreements between victims and offenders. What organisation or agency will assume this enforcement role? Does the organisation of policing services need to be re-structured to bring them in line with the principles of restorative justice? Third, to what extent does restorative justice fall back on the retributive process when victims and/or offenders are unwilling to participate?

DISCUSSION POINT:

Is restorative justice a system of justice? Can it operate independently from the current criminal justice process?

Today, restorative justice programs operate under the shadow of the criminal justice system. If they continue to multiply and gain a larger place within the criminal justice system, how the two systems interact and influence one another over time will be a key issue. Will restorative justice programs become integrated into the existing criminal justice system and in the process lose their innovative potential? Alternatively, will the concepts and practices of restorative justice filter into the regular criminal justice system? Or will the two systems co-exist in a mutually accommodating relationship where each influences the other?



Coercion

The current criminal justice process is constituted as a coercive system. To the extent that restorative justice relies on the police to bring cases forward (as opposed to individual wrongdoers entering a restorative justice program without their actions first being identified by a police officer), an element of coercion remains. Even when both victims and offenders consent to a restorative justice program coercion operates on a more subtle level. As long as the threat of incarceration hangs over offenders their agreement to participate in a restorative justice program is not totally free. Some wrongdoers may be coerced into a restorative justice program even though they are not guilty of an offence.

On the other hand, genuine voluntariness may be a standard that is too high to achieve. Perhaps simply offering a choice to offenders and accepting their decision to participate is sufficient, while ensuring that the facilitator is trained to deal with the unlikely event that an offender would choose to feign remorse or if an offender was unwilling to accept responsibility for harms that were caused. It could also be argued that some level of coercion may be required for some offenders. Thus, while a genuine acceptance of responsibility manifested in, for example, an apology, cannot be given under coercion, it may be the case that some offenders (in particular offenders who have been through the criminal justice system previously) may require some inducement to try out a different method of resolving conflicts.

Victims may also feel coerced into participating in restorative justice programs. This is particularly the case if they feel powerless to defend their interests. For example, a victim may feel reticent to decline to participate in a program when faced with an accused, community members, the police, other professionals and a facilitator who are all willing to participate. This is a major concern in smaller communities where victims, offenders and community members are likely to have prior relationships. Finally, coercion also comes into play when negotiating restoration agreements, especially when the failure to negotiate an agreement may result in the offender receiving formal charges or being returned to the formal courts for sentencing.

DISCUSSION POINT:

We believe that the concerns about coercion are valid. Are there ways to minimise coercion? Are there any positive effects of coercion in a restorative justice program?



Restorative justice and justice

The therapeutic twist that is evident in much writing on restorative justice has already been noted. Whether restorative justice as a response to conflict should be disentangled from restorative justice as a therapeutic intervention is a question that strikes at the core of restorative justice: how does restorative justice conceive justice? Restorative justice is a practical response to conflict to be worked out in the actions of individuals. This, however, does not mean that justice is simply a matter of problem solving between victims and offenders. Suppose, for example, that after a particularly violent assault, a victim and an offender negotiate a 'resolution agreement' that is regarded by the facilitator and community participants as 'lenient'. Is the consent of the parties to the conflict all that is required for a resolution agreement? The involvement of the community suggests that there is a community interest at stake, that the interests of justice go beyond resolving problems to the satisfaction of only the individuals involved. While restorative justice may be better able to reflect the community interest than the retributive system there may be situations in which the interest of the community is at odds with the interests of either the victim or offender.

IS THE LOGIC OF REPRESENTATION an

acceptance of the normative values of the given group or association? Should mediation be culturally relativistic in its approach to outcomes? In other words, is an agreed settlement acceptable purely because the parties have exercised their own agency and judgement in the process? Or should the process and outcome accord to some standard notion of acceptability?

A. Crawford, *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships* (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 188.

DISCUSSION POINT:

We believe that restorative justice must be more than a forum for individuals to resolve their disputes. There is a community interest at stake in how many conflicts are resolved. What is the relative weight of the interests of the community, the interests of victims and the interests of offenders?

Restorative justice is often portrayed as being something less than justice because it proposes restoration over punishment and restitution over incarceration. It is, in brief, cast as being 'soft' on crime. For some offenders, having to meet with victims and confront the consequences of their behaviour may be less of a punishment than having to spend any number of years confined in a prison where degradation and humiliation are part of the daily routine. For others, the opposite may be true. The relative harshness of each way of dealing with crime is largely an empirical question, subject to the individual psychology of victims and offenders. At best, debate about the merits of restorative justice on the basis that it is 'soft' or 'hard' on crime steers us off track from what should be the criteria for evaluating sound policy. At worst, it leads policy makers into an escalating



competition of trying to stay one level of harm above or below other options.

What must be confronted is the necessity for punishment. The wilful infliction of severe deprivations is quite distinct from the imposition of a penalty that may be experienced as painful. For example, offenders may experience pain by having to confront victims and realise the consequences of their acts. This pain is a consequence of doing the work necessary to bring about reconciliation or resolve the conflict; the pain was not imposed as suffering. The issue is how incarceration can be accommodated within a restorative justice framework.

DISCUSSION POINTS:

To what extent is punishment a legitimate response to conflict within a restorative justice framework?

Can incarceration be justified as a restorative sanction without falling back on retribution, or, are certain aspects of retribution consistent with restorative justice?

Restorative justice and private justice

The relationship between restorative justice and private justice needs to be clarified. By private justice, we are referring to disputes that are resolved without the intervention of state officials. Private justice may be individualised and informal (personal revenge, for example) or it may be corporate and formal (private policing and security, for example).

When conflicts are handled privately an entire body of knowledge and information does not become part of the public record. In some cases, this may be appropriate. For example, a stern warning from a security agent and a telephone call to a parent may be sufficient to deter a young person from shoplifting. In other cases, private justice may not be an appropriate way to deal with wrongdoing. For example, an accountant embezzles money from a charitable foundation. Rather than go public with a complaint to the police or the regulatory body governing accountants, the organisation decides to handle the matter privately by dismissing the accountant. The accountant is then hired by another organisation and continues the illicit behaviour. Because the initial embezzlement was handled privately, the second organisation did not have the benefit of a public record of the accountant's actions. The Law Commission's investigation into child abuse



IF MEDIATION ARRIVED IN BRITAIN TOO LATE

for the enthusiasts, it came just a little too early for Victim Support. Victims of crime were not yet properly provided for and their needs were only beginning to be recognized and understood. ...the idea of mediated agreements between victims and offenders was born prematurely from an unusual union between policy-makers and penal reformers concerned primarily with an ailing criminal justice system which was in urgent need of a new direction. The concern for victims which was emerging in the early 1980s was seized upon as a potential means of diverting cases from the over-stretched courts and offenders from the crowded, unmanageable prisons.

H. Reeves, "The Victim Support Perspective" in M. Wright & B. Galaway, eds., *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community* (London: Sage Publications, 1989), 44 at 44.

[RESTORATIVE JUSTICE] has largely been an initiative of the faith community within corrections and organizations that work with and support offenders. There has been little involvement of any person or group that is solely concerned with the victim. Victims' groups, therefore, are apprehensive that the process is offender based and with too much of a focus on the offender's needs, making the victims' needs secondary.

Canadian Resource Centre for Victims of Crime, *Balancing The Scales: The State Of Victims' Rights In Canada*. (Ottawa: Canadian Resource Centre for Victims of Crime) at 48 online: Canadian Police Association http://www.cpa-acp.ca/vrc/briefs/balancing_the_scales.htm

in institutions also found that in many instances rather than call in the police to investigate suspected child abusers, organisations handled the allegations privately by transferring or dismissing the suspect. In many of these cases, the suspected abuser went on to commit further abuse in the new setting.

These examples of private justice illustrate the differences between the forum where justice occurs and its form. Even though they do not involve public processes, they do not reflect the principles of restorative justice. A private resolution to a conflict that does not lead to acknowledgement of wrongdoing and accountability does not respect the principles of restorative justice. Often this acknowledgement and accountability is sufficient to ensure that the wrongful behaviour will not be repeated. But not always. In some cases, it is important to establish a public record of offending. Even though they do not capture all of the details of a particular incident, court records provide a valuable source of public information about what occurred. We believe that restorative justice must be able to accommodate this public accountability function, even in cases where the conflict itself is handled privately.

DISCUSSION POINTS:

In what types of situations is it necessary to meet the accountability goals of restorative justice by generating a public record?

In these cases, what is the best way of ensuring that important information about conflicts is retained on the public record?

Victims' needs

A key claim of restorative justice programs is a sensitivity to the needs of victims. By allowing victims to become engaged in the process they will regain a sense of control over their lives and will be in a better position to manage the emotional and psychological consequences of conflict. Recently there has been a demand by victims to be better informed about the processing of their case, to be allowed to participate in the retributive system, to receive information about the sentence the offender receives and to be kept informed of offenders' progress through the probation or correctional system.

Within the restorative justice framework, however, victims assume a much greater responsibility over the outcome of their conflict, and,



consequently, over the fate of offenders. It must not be forgotten that state control over criminal prosecutions reduces the likelihood that victims will initiate personal acts of revenge, and, it protects victims from further harm caused by offenders. This is particularly true when victims are less powerful than offenders. Victims may want restitution; they may want information about their case, they may want to ask the offender questions or vent their anger. But these are separate issues from victims being involved in helping to determine the sentence that the offender will receive. Given that the victim already bears a disproportionate burden as a result of the offence, there is a real possibility that placing greater responsibility for sentencing may lead to re-victimisation, the very condition it sought to ameliorate. To fully realise the potential of restorative justice victims must be involved in the design and monitoring of programs.

DISCUSSION POINTS:

To what extent do victims want to become involved in the criminal justice system?

How does restorative justice coincide with victims' needs for information, restitution and involvement in the criminal justice process?

Is it appropriate to give victims the responsibility for deciding how the criminal justice system should respond to someone who breaks the law? Do they want this responsibility?

What does 'community' mean?

'Community' is a key concept in restorative justice programs. The community is the place in which justice is realised. Community members are also key participants in restorative justice programs. 'Community', however, has many meanings and often these meanings are contradictory.

Community is often assumed to be wholly virtuous, something that should be worked towards, nurtured, or established. Community building is part of our civic responsibility. Community is often associated with order, stability and group solidarity. But there are other sides to communities. They can be exclusionary, defined by what they are not. Elaborate security features of gated residential communities, for example, routinely exclude certain groups to ensure homogeneity. Communities are often portrayed as egalitarian. This obscures how some members of a community – by virtue

'COMMUNITY' ... has become the policy buzzword of the 1990s, the antidote to the *fin de siècle* crisis of modernity

A Crawford, *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships* (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 148



of their age, sex, or religious or political affiliation – will have greater power than others, which they may or may not use for the ‘common good’. The whole idea of a single common good is also suspect. Communities may be composed of groups with different conceptions of what constitutes inappropriate behaviour and what appropriate responses might be.

Community can be simply a geographic unit, a sub-division or a village, for example. Member and non-member are easily identified and outsiders are easily excluded. Community can also be conceived of as a set of attitudes. Phrases such as ‘sense of community’, ‘community spirit’, ‘community building’ and ‘community pride’ reflect this symbolic conception and exert social pressures on members to conform. Finally, community may be conceived more fluidly as networks of associations that bind people together based on mutual interests or obligations. Individuals may be members of several communities such as family, work associations, or friendship networks that may be local or widespread. They can choose to enter into communities based on mutual interests and they can opt out of communities, such as families, by breaking ties with others in the community. These different ways of thinking about communities have implications for how a restorative justice program is structured.

DISCUSSION POINTS:

Should restorative justice programs be developed to correspond with geographic communities, similar to the approach taken by Neighbourhood Watch and community policing programs with volunteer mediators and community members drawn from a local neighbourhood? Or should restorative justice programs have appeal to a more normative interest?

How is ‘community interest’ determined? What role do those who challenge the ‘community interest’ have to play in restorative justice programs?

Should community involvement in restorative justice programs be constituted to reflect the individual and overlapping networks into which offenders and victims enter?

Restorative justice also confronts us with the question of whether community is a means or an end. Some proponents perceive the community as a resource from which to draw individuals to participate in family group conferences, sentencing circles, or youth justice committees. There is a sense

that the community has a set of attitudes and values that can be identified and that these attitudes and values are broadly shared. Wrongdoers have strayed from community norms. Truth-telling, shaming, encounters and community service work to bring that offender back into the fold by reinforcing common values. Here, community is a means through which justice is achieved.

Others see the notion of community differently. Crime is a result of the failure of the community to generate the requisite degree of shared values that would engender local solidarity. If a breakdown in the level of community commitment results in an increase in crime, then building solidarity within a community should lead to a reduction in crime. By discussing conflicts in an open and safe environment, community members are able to evaluate normative standards of behaviour, reaffirm those that are consistent with the views of members and transform those that require modification. Here, community is the end and restorative justice is a strategy to strengthen the social ties among community members.

DISCUSSION POINT

What are the assumptions about the role of communities that inform how different restorative justice programs are currently structured?

Criminal justice as a way of changing society?

Restorative justice programs can work as a community building exercise in which people are able to clarify norms, affirm behavioural standards and transmit these to other members of the community. Victims are able to play an active role in dealing with wrongdoing. Offenders are called upon to take responsibility for their actions, including dealing with the issues that lead to their criminality.

One may question whether “dealing with crime” is the best starting point to promote social transformation. The traditional criminal justice system is reactive: it responds to a negative event or conflict situation. It deals in hurt, betrayal, deception, violence, misunderstanding, negligence and pain and confronts people when they are most vulnerable. If we aim to have people better off after going through the criminal justice system than before they entered it, there can be little doubt that, as it is currently constituted, the criminal justice system is not one that promotes change in society or that is a transformative experience for victims and offenders.

COMMUNITIES SIMPLY CANNOT be transformed into sane and civil places by installing cops on every corner or, for that matter, welfare workers in every home. Criminalization does not solve problems created by racism, de-industrialization or immiseration. It does provide satisfying outlets for much legitimate rage, but at the cost of leaving dominant groups unthreatened and dominant relations, of capital and patriarchy, unchallenged.

L. Snider, “Towards Safer Societies: Punishment, Masculinities And Violence Against Women” (1998) 38 *British Journal of Criminology* 1 at 15



Restorative justice programs have this potential. But they require a heavy dose of community involvement. Not only is the goal of the criminal justice system broadened to include the task of social transformation, but the onus for this transformation is placed on the community. Typically, communities that are most affected by crime are the least organised and capable of responding effectively to crime. Conflict does present an opportunity for growth and development, but this growth and development is often associated with pain and suffering. Without an investment of resources, it may be too large a burden to place on these communities to ask them to not only respond to conflict, but to do so in a manner that leads to social transformation.

DISCUSSION POINTS:

Does restorative justice set for itself an impossible task if it seeks something beyond ensuring that no further damage is done to either victims or offenders?

We believe that communities will require considerable resources in order to effectively implement restorative justice programs. What are the most effective methods of ensuring that communities are provided with these resources?

Whose interests does restorative justice serve?

If we are to adopt a restorative justice approach, it is important to ask whose interests this approach would serve. Take first, its possible client group. Experience with forms of popular justice suggests that informal methods are not equally used by rich and poor. Moreover, in mediation processes, mediators tend to be from a higher social class than participants. Finally, experience with mediation in the criminal context suggests that race may affect whether restorative justice programs are made available to victims and wrongdoers. There is empirical evidence that victims and offenders are satisfied with their experience with restorative justice programs. What requires further examination, however, is why certain victims and offenders choose not to participate in restorative justice programs and if certain victims and offenders who do wish to participate are denied the opportunity.



DISCUSSION POINTS:

We believe there is a danger that restorative justice programs may evolve into a second class system of justice. Are there ways to prevent this from occurring?

What may account for why some victims and offenders choose not to participate in restorative justice programs?

Restorative justice programs have recently received support from both the provincial and the federal governments because of their capacity to respond to concerns raised by victims' groups about the injustices they are currently facing. But governments also have other reasons for promoting restorative justice. Some view the approach as a means of reducing traffic through the court system. This is especially true for less serious crimes that are considered a nuisance to prosecute. Some also see restorative justice as a diversion program that works to reduce the number of offenders in prison and the costs associated with incarceration. For restorative justice proponents, reducing court traffic and decreasing the number of offenders who are incarcerated are consequences of restorative justice; for government these consequences become goals.

DISCUSSION POINT:

What are the implications of these competing sets of goals? How can we ensure that a restorative justice program is not evaluated exclusively by reference to goals and values that have little or nothing to do with the underlying principles of restorative justice?

Another issue is how restorative justice fits in with broader shifts in Canadian public policy. Federal and provincial governments are experimenting with new methods of delivering services. As governments attempt to be more responsive to local needs, within a context of fiscal restraint, they often simply withdraw. In stating that they do not have the answers for many social problems they have traditionally addressed, they justify off-loading responsibility onto local communities.

NO LONGER IS CITIZENSHIP CONSTRUED in terms of solidarity, contentment, welfare and a sense of security established through the bonds of organizational and social life. Citizenship is to be active and individualistic rather than passive and dependent. The political subject is henceforth to be an individual whose citizenship is manifested through the free exercise of personal choice amongst a variety of options. Programmes of government are to be evaluated in terms of the extent to which they enhance that choice. And the language of individual freedom, personal choice and self-fulfilment has come to underpin programmes of government articulated from across the political spectrum, from politicians and professionals, pressure groups and civil libertarians alike.

P. Miller, N. Rose, "Governing Economic Life" (1990) 19 *Economy and Society* 75 at 98

[THE FEDERAL PROGRAM REVIEW] contained a general philosophy of governance based on self-reliance and subsidiarity – a philosophy built on personal responsibility and on the provision of help on the basis of individual needs by the private sector, community groups or the level of government closest to the citizen and capable of providing help effectively

G. Paquet, "Alternative Service Delivery: Transforming the practices of governance" in R. Ford & D. Zussman (eds.), *Alternative Service Delivery: Sharing Governance in Canada* (Toronto: KPMG, 1997) 32 at 36.



DISCUSSION POINTS:

To what extent does restorative justice, as an alternative form of delivering justice services, coincide with broader shifts in Canadian public administration?

We believe there is a possibility that restorative justice may be promoted and used simply as a means of cutting expenditures and reducing the size of government. To what extent should we be concerned about replacing state and professional governance by market or community forms of governance when governments are not prepared to fund restorative justice adequately?

Many of the issues identified in this section can only be worked through as different types of restorative justice programs are tried out and evaluated. To return to one of our initial premises: justice must be flexible and dynamic. The process of developing restorative justice will be one of trial and error. While these issues may never be fully resolved, restorative justice programs have the potential to meet Canadians' expectations of how criminal justice ought to operate. Whether restorative justice, as a response to conflict can extend beyond the criminal justice system, is a question now to be addressed.



VI The Prospect of Transformative Justice

Restorative justice can have a significant impact on how we resolve conflicts in the criminal justice system. By confronting the harm done to individuals, and what it will take to repair this harm, restorative justice places the participants to a conflict at the centre of the process and provides the opportunity for them to be active in resolving it. But restorative justice can also help the law build a framework for handling other kinds of conflict as well. In this sense, the principles and practices of restorative justice can be transformative.

How can we move from restorative justice to transformative justice? What do we mean by transformative justice? Transformative justice is a way of handling conflict that recognises and responds to the variety of harms caused by conflict and capitalises on the opportunities offered by conflict by bringing individuals together in a process that encourages healing and growth.

Transformative justice, as a general strategy for responding to conflicts, takes the principles and practices of restorative justice beyond the criminal justice system. In Section I, we noted that what comes to be defined as crime is the result of a complex interplay of moral ideas and shifting balances of power within society. The manner in which a conflict is defined shapes the type of response that is pursued. This may also be true in areas such as environmental law, corporate law, labour-management relations, consumer bankruptcy and debt and family law.

The framework and principles of what is called alternative dispute resolution suggest that many of the concerns expressed by victims and offenders about the criminal justice process have parallels in the civil justice system. Non-criminal dispute resolution in the courts is costly and time consuming. Injured parties have little control over the process and often find it incomprehensible. Issues are framed in legal language rather than in terms of how they are experienced by the parties involved. Judicial remedies are not always consistent with how the parties to the conflict would have resolved the issue if they had been given the opportunity.

It would be wrong, however, to equate the ideas of alternative dispute resolution as a way of dealing with conflicts in the civil law with restorative justice in criminal law. There is a continuum of alternative dispute resolution mechanisms ranging from informal negotiation to traditional adjudication by private courts. Alternative dispute resolution processes can



be highly formal or quite informal. They can be voluntary or mandatory. Agreements may be negotiated or they may be imposed. Many proponents of alternative dispute resolution do believe that alternatives to court processes must respect principles analogous to those of restorative justice. But not all. To date the idea of alternative dispute resolution has not focussed on ways to ensure that the concerns and interests of parties to a conflict are addressed in a more satisfying manner than they would were the regular civil process to be deployed.

The significance of transformative justice in non-criminal areas of law will lie in its ability to inform and enrich our understanding of the diverse forms of alternative dispute resolution that have been developed over the past two decades. Different forms of alternative dispute resolution can be examined and evaluated against the three principles of restorative justice outlined in Section III. Do alternative dispute resolution programs frame disputes in terms of violations of relationships rather than in terms of the substantive conflict in question? Do the most common forms of alternative dispute resolution – negotiation, mediation and arbitration – vest parties to a dispute with sufficient power to frame issues and determine outcomes according to their particular interests? Is there a role for the community in the resolution of civil disputes? While environmental disputes have an obvious community interest, this is less clear in cases of bankruptcy, and is possibly quite attenuated in disputes arising in a family context.

Restorative justice approaches turn on the existence of a wrong. Restorative justice begins with the premise that a wrong has occurred. Restorative justice works well within the criminal justice system because the criminal law provides a ready-made list of wrongs and an easily identifiable wrongdoer. In the vast majority of cases there is no ambiguity regarding what is the wrong, who is the wrongdoer and who is the victim. For restorative justice, because the culpability of the wrongdoer is taken for granted, determining what happened is important only in order to address the wrong.

When one moves beyond the criminal law, a new set of questions relating to the relationship between wrongdoing and the application of restorative justice emerges. Of course, in many civil disputes there is an obvious wrong: a person intentionally or inadvertently damages property; a person intentionally or inadvertently breaks a contract; a person intentionally or inadvertently profits from the work or ideas of another. But in other cases, the wrongfulness of a person's behaviour cannot be taken for granted: when children argue about their respective entitlements under a parent's will the dispute is not normally about wrongdoing; when parents disagree about custody and access to children in a divorce case the dispute is normally not

about wrongdoing; when creditors make conflicting claims to the property of a bankrupt company, they usually do not accuse one another of wrongdoing. Can the principles of restorative justice be made to apply to these situations where there is no wrongdoing?

Again, can they be extended to accommodate cases where an individual desires to use the law to prevent a potential harm from occurring rather than remedying a harm that has already occurred? For example, an environmental organisation may seek an injunction to halt the construction of a chemical warehouse adjacent to a residential neighbourhood. And still again, are the principles of restorative justice applicable in situations where a choice must be made between competing harms: to stop something and cause one kind of harm as a result, or to continue doing something and cause another kind of harm as a result? For example, a manufacturer in a small town cannot meet environmental standards. The choice is between continuing to violate the standards and pollute the local environment or close down the operation and cause an economic downturn in the community.

There are also civil disputes that do not involve a discrete wrong; some family, labour and landlord-tenant disputes often comprise cumulative wrongs committed by all parties to the conflict. For example, an eviction notice given to a tenant for not paying rent may follow a landlord's failure to fix broken plumbing, which follows a tenant's refusal to dispose properly of garbage, which follows the landlord's failure to rid the apartment properly of pests. What role can principles of restorative justice play in these cases?

Finally, can the principles of restorative justice apply when there is no dispute regarding the harm done, but the dispute centres rather on who is responsible for the harm? A homeowner, for example, sues a general contractor for the improper construction of a house foundation. The contractor acknowledges the harm (leaky foundation) but claims that its source was improperly mixed concrete and that, therefore, responsibility should lie with the concrete company.

The last few examples raise a number of issues about the possibilities (and appropriateness) of transferring the principles of restorative justice to non-criminal law settings. On the other hand, they are all cases where the traditional processes of civil disputing have encountered difficulty. If not all the principles and practices of restorative justice are applicable, can they be modified to meet the particularities of non-criminal disputes without undermining the overall framework of restorative justice as a response to conflict in the criminal law field? Here, perhaps, is where the transformative potential of restorative justice can be used to develop a



broader conception of transformative justice capable of handling both criminal and civil disputes.

Even when it does not involve a discrete wrong, conflict remains a relational concept. A conflict about where to locate a landfill site may involve relationships between members of different industries, labour organisations, environmental organisations, Aboriginal peoples, different levels of government, citizens' organisations and other individuals or groups. Bankruptcy involves relationships between a debtor and one or more creditors, and between various types of creditors – each of whom may have an entirely different kind of relationship with the debtor: a bank, a car dealer, an employee, a spouse, the government, someone who has been injured by the debtor, and so on. Labour relations conflicts always involve complex relationships between labour and management, between shareholders of a company and managers, between employees and their union, between government and the corporation, between a community and its factories, and so on. In each situation, competing interests are at stake and values may clash as parties attempt to shape the definition of and response to the conflict.

THE AIM OF TRANSFORMATIVE FACILITATION

is to help parties become better human beings by stimulating moral growth and transforming human character, which results in parties finding genuine solutions to their real problems.

Chris Maser. *Resolving Environmental Conflict: Towards Sustainable Community Development* (Delray Beach, FL: Saint Lucie Press, 1996) at 4.

Taking a cue from restorative justice, a transformative approach to dispute resolution would begin with a commitment to transforming the relationships between parties to the conflict. The power of restorative justice is the ability to use conflict to encourage growth and development. The same potential exists in conflict in other domains. A transformative approach to conflict resolution would encourage accommodative relationships between groups with competing interests. The conflict situation would be transformed from one in which groups are in competition with one another to one in which groups recognise their mutual interests in arriving at workable solutions.

What does restorative justice have to say about the underlying approaches that should be taken to resolve non-criminal disputes?

Most importantly, it provides a benchmark for evaluating different alternative dispute resolution processes. A transformative justice approach would bring together all those individuals and groups affected by a conflict, including those with the power to make the decision. As much as possible, the participants must be provided the freedom to control the process, to establish the boundaries of the conflict, to establish rules about how the process should unfold, and what, if any, role does the mediator play. Interests should be discussed and negotiated and positions should be clarified. Like an encounter between a victim and an offender in the criminal process, meetings between parties in a civil conflict help develop an

appreciation of one's own and others' position as they work towards a resolution.

Unlike a restorative justice encounter in the criminal context, there may not always be a requirement to restore relationships by repairing the harm that was caused as a result of the wrong-doing. For example, a conflict over a workplace health and safety standards may be about encouraging a company to abide by air quality standards rather than about repairing any harm that was caused by faulty air circulation. In these cases, apologies, reparations and restitution may not always be appropriate remedies. Rather the goal is to arrive at an agreement that is acceptable to all parties.

In some situations, however, the conflict may appear to be a technical issue but underlying this may be an unresolved wrong. For example, a workers' compensation appeal may ostensibly be concerned with establishing the status of a claimant. Underlying this concern, however, is a worker's perception that the company refuses to acknowledge how unsafe working conditions contributed to the injury. An apology, reparations and restitution may be the most appropriate remedy in this situation.

Transformative justice must be driven by the needs of participants. Decisions on how to resolve the conflict ought to be based on a consensus. By consensus, we mean an agreement on how to move forward that is acceptable to all parties. A consensus cannot be imposed. Nor is a consensus just a middle ground position. The goal will be to find common ground on which a mutually acceptable resolution can be established. This is the power of transformative justice: the possibility of using the substance of a conflict as a means of exploring options and establishing responses that are not only acceptable to all parties but develop and strengthen relationships among those involved.

People encounter conflict – both criminal and non-criminal – because of the inter-connectedness of their lives. In some sense then, there is an inevitability to conflict. How we respond to conflict is a choice that we make. The Law Commission of Canada believes that restorative justice and transformative justice present new possibilities for responding to conflict in a positive and constructive manner by using conflict to encourage the development of strong and respectful relationships.

IN A CONSENSUS PROCESS, participants work together to design a process that maximizes their ability to resolve their differences. Although they may not agree with all aspects of the agreement, consensus is reached if all participants are willing to live with the total package.

Gerald Cormick, Norman Dale, Paul Emond, S. Glenn Sigurdson and Barry D. Stewart. *Building Consensus for a Sustainable Future. Putting Principles into Practice* (Ottawa National Round Table on the Environment and the Economy, 1996) at 4.

Selected Bibliography

- H. Bianchi, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control* (Bloomington, IN: Indiana University Press, 1994).
- D. Black, *The Social Structure Of Right And Wrong*, rev. ed. (San Diego, CA: Academic Press, 1998).
- J. Bonta, J. Rooney & S. Wallace-Capretta, *Restorative Justice: An Evaluation of the Restorative Resolutions Project* (Ottawa: Solicitor General of Canada, 1998).
- J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).
- D. Cayley, *The Expanding Prison: The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives* (Toronto: Anasi, 1998).
- N. Christie, "Conflicts as Property" (1977) 17 *British Journal of Criminology* 1.
- N. Christie, *Crime Control as Industry: Towards Gulags Western Style*, 2nd ed. (New York, NY: Routledge, 1994).
- Church Council on Justice and Corrections, *Satisfying Justice: A Compendium of Initiatives, Programs and Legislative Measures* (Ottawa: Church Council on Justice and Corrections, 1996), online: Correctional Service of Canada http://www.csc-scc.gc.ca/justice/e_justoc.htm.
- Gerald Cormick, Norman Dale, Paul Emond, S. Glenn Sigurdson and Barry D. Stewart. *Building Consensus for a Sustainable Future: Putting Principles into Practice* (Ottawa: National Round Table on the Environment and the Economy, 1996).
- Correctional Service of Canada, *A Framework Paper on Restorative Justice and the Correctional Service of Canada* (Ottawa: Correctional Service of Canada, 1998).
- W. Cragg, *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice* (New York, NY: Routledge, 1992).



A. Crawford, *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1997).

B. Cruikshank, *The Will to Empower: Democratic Citizens and Other Subjects* (Ithica, NY: Cornell University Press, 1999).

B. Galaway, J. Hudson, eds., *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation* (Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1990).

B. Galaway, J. Hudson, A. Morris, G. Maxwell, eds., *Family Group Conferences: Perspectives on Policy And Practice* (Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1996).

B. Galaway, J. Hudson, eds., *Restorative Justice: International Perspectives* (Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1996).

C. LaPrairie, "The 'New' Justice: Some Implications For Aboriginal Communities" (1998) 40 Canadian Journal of Criminology 61.

R. Linden, D. Clairmont, *Making It Work: Planning And Evaluating Corrections and Healing Projects in Aboriginal Communities* (Ottawa: Solicitor General of Canada, 1998).

J. J. Llewellyn, R. Howse, *Restorative Justice – A Conceptual Framework* (Ottawa: Law Commission of Canada, 1998).

T.F. Marshall, *Alternatives to Criminal Courts: The Potential For Non-Judicial Dispute Settlement* (Brookfield, VT: Gower Publishing Co., 1985).

C. Maser, *Resolving Environmental Conflict: Towards Sustainable Community Development* (Delray Beach, FL: Saint Lucie Press, 1996).

P. McCold ed., *Restorative Justice: An Annotated Bibliography* (Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1997).

S.E. Merry, N. Milner, eds., *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1993).



H. Messmer, O. Hans-Uwe, eds., *Restorative Justice On Trial: Pitfalls And Potentials of Victim-Offender Mediation: International Research Perspectives* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1992).

New Zealand, Ministry of Justice, *Restorative Justice: A Discussion Paper* (Ministry of Justice of New Zealand, 1995), online: <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/1996/restorative/index.html>

S. Sharpe, *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change* (Edmonton, AB: Edmonton Victim Offender Mediation Society, 1998).

M. Umbreit, *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation* (Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1994).

D. Van Ness, K. Heetderks, *Restoring Justice* (Cincinnati, OH: Andersen Publishing, 1997).

M. Wright, B. Galaway, eds., *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community* (London: Sage Publications, 1989).

H. Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Scottsdale, PA: Herald Press, 1990).

Messmer, H. et O. Hans-Uwe, éd. *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation: International Research Perspectives*, Boston (Mass.), Kluwer Academic Publishers, 1992.

Nouvelle-Zélande. Ministère de la Justice. *Restorative Justice: A Discussion Paper*, Ministry of Justice of New Zealand, 1995, en ligne <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/1996/restorative/index.html>

Service correctionnel du Canada, *Justice réparatrice – Cadre de référence*, (Ottawa, Service correctionnel du Canada, 1998).

Sharpe, S. *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, Edmonton (Alb.), Edmonton Victim Offender Mediation Society, 1998.

Umbreit, M. *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*, Monsey (New York), Criminal Justice Press, 1994.

Van Ness, D. et K. Heetderks. *Restoring Justice*, Cincinnati (Ohio), Andersen Publishing, 1997.

Wright, M. et B. Galaway, éd. *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*, London, Sage Publications, 1989.

Zehr, H. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale (Penn.), Herald Press, 1990.



Cruikshank, B. *The Will to Empower: Democratic Citizens and other Subjects*, Ithica (New York), Cornell University Press, 1999.

Galaway, B. et J. Hudson, ed. *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation*, Monsey (New York), Criminal Justice Press, 1990.

Galaway, B., J. Hudson, A. Morris et G. Maxwell, eds. *Family Group Conferencing: Perspectives on Policy and Practice* (Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1990).

Galaway, B., J. Hudson, A. Morris et G. Maxwell, éd. *Restorative Justice: International Perspectives*, Monsey (New York), Criminal Justice Press, 1996.

LaPrairie, C. « The New Justice: Some Implications for Aboriginal Communities », *Canadian Journal of Criminology* 61, vol.40 (1998), n° 1.

Linden, R. et C. Clairmont, *Pour un résultat positif: planification et évaluation des projets de mise sur pied de services correctionnels communautaires et de réconciliation dans les collectivités autochtones*, (Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1998).

Llewellyn, J.J. et R. Howse, *La justice réparatrice – un cadre de réflexion*, (Ottawa, Commission du droit du Canada, 1998).

Marshall, T.T. *Alternatives to Criminal Courts: The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement*, Brookfield (Vermont), Rower Publishing Co., 1985.

Maser, C. *Resolving Environmental Conflict: Towards Sustainable Community Development*, Delray Beach (Floride), Saint Lucie Press, 1996.

McCold, P., éd. *Restorative Justice: An Annotated Bibliography*, Monsey (New York), Criminal Justice Press, 1997.

Merry, S.E. et Milner, N., éd. *The possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, Ann Arbor (Mich.), University of Michigan Press, 1993.

- Bianchi, H. *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Bloomington (Indiana), Indiana University Press, 1994.
- Black, D. *The Social Structure of Right and Wrong*, éd. rév., San Diego (Californie), Academic Press, 1998.
- Bonta, J., J. Rooney et S. Wallace-Capretta, *La justice réparatrice: évaluation du programme de solutions réparatrices*, (Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1998).
- Braithwaite, J. *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- Cayley, D. *The Expanding Prison: The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, Toronto, Anasi, 1998.
- Christie, N. « Conflicts as Property », *British Journal of Criminology*, vol. 17 (1977), p.1-15.
- Christie, N. *Crime Control as Industry: Towards Gulags Western Style*, 2^e éd., New York (NY), Routledge, 1994.
- Conseil des Églises pour la justice et la criminologie. *Pour une vraie justice: un répertoire d'initiatives, de programmes et de mesures législatives*, Ottawa, le Conseil, 1996. Au site du Service correctionnel du Canada <http://www.csc-ssc.gc.ca/justice/ffjustoc.htm>
- Cormick, Gerald, Norman Dale, Paul Emond, S. Glenn Sigurdson et Barry D. Stewart, *Forger un consensus pour un avenir viable: des principes à la pratique*, Ottawa, Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, 1996.
- Cragg, W. *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice*, New York (NY), Routledge, 1992.
- Crawford, A. *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships*, Oxford (R.-U.), Clarendon Press, 1997.





cas, les excuses et les mesures de réparation ou d'indemnisation ne constitueront pas toujours la solution la plus appropriée. Le but consistera plutôt à parvenir à une entente acceptable pour toutes les parties.

Dans d'autres situations, en revanche, il arrive que le conflit semble à première vue porter sur une question technique alors qu'il existe en fait une faute sous-jacente qui n'a pas été réparée. Par exemple, un appel interjeté auprès d'une commission des accidents du travail peut viser en apparence à établir le droit du demandeur à toucher des prestations, alors qu'en réalité le travailleur estime que la société refuse de reconnaître que les mauvaises conditions de travail ont causé ses blessures. Dans un tel cas, des excuses et des mesures de réparation et d'indemnisation pourront constituer la solution la plus indiquée.

La justice transformative doit être axée sur les besoins des participants. Les décisions relatives au règlement du conflit doivent reposer sur un consensus. Par consensus, nous entendons une entente sur des mesures acceptables pour tous. Un consensus ne peut pas être imposé. Il ne constitue pas non plus une simple solution intermédiaire. L'objectif consistera à trouver un terrain d'entente à partir duquel on en arrivera à un règlement mutuellement acceptable. Voilà où réside la force de la justice transformative: la possibilité de se servir de la substance d'un conflit pour examiner des options et mettre au point des réponses qui non seulement sont acceptables pour toutes les parties, mais favorisent le développement et le renforcement des relations entre tous les intéressés.

Les conflits – de nature pénale ou non – tiennent aux relations qui existent entre les gens. En un certain sens, donc, ils sont inévitables. La manière dont nous réagissons aux conflits est un choix que nous effectuons. La Commission du droit du Canada croit que la justice réparatrice et la justice transformative offrent de nouvelles possibilités en cette matière. Elles permettent de répondre aux conflits d'une manière positive et constructive, en se servant d'eux pour favoriser l'établissement de relations solides, fondées sur le respect.

LES PARTICIPANTS aux processus
consensuels élaborent ensemble une démarche maximisant leur capacité de résoudre les différends. Même s'ils ne sont pas d'accord avec tous les aspects de l'entente, le consensus survient quand ils sont prêts à accepter « l'ensemble » de ce qui est proposé

Gerald Cormick, Norman Dale, Paul Emond,
S. Glen Sigurdson et Barry D. Stewart, *Forger un consensus pour un avenir viable : Des principes à la pratique* Ottawa, Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, 1996, p. 5.



LA FACILITATION TRANSFORMATRICE A

POUR BUT d'aider les parties à devenir de

mellieuses êtres humains en stimulant le

développement moral et en transformant le

caractère humain, ce qui permet aux parties

de trouver des solutions authentiques à leurs

problèmes réels

Chris Maser, *Resolving Environmental Conflict: Towards Sustainable Community Development*, Delray Beach (Floride), Saint Lucie Press, 1996,

p. 4.

ses dirigeants, entre les salariés et leur syndicat, entre le gouvernement et la société concernée, entre une collectivité et les usines qui y sont installées, etc. Dans chaque situation, des intérêts s'affrontent et des valeurs peuvent se heurter quand les parties essaient d'orienter la définition du conflit et la

réponse qui doit y être apportée.

S'inspirant de la justice réparatrice, une approche transformatrice à l'égard du règlement de différends se donnerait comme premier objectif de transformer les relations entre les parties au conflit. La force de la justice réparatrice réside dans la capacité d'utiliser le conflit pour favoriser le développement personnel. Les conflits qui ont lieu dans d'autres domaines présentent le même potentiel. Une approche transformatrice à l'égard de la résolution des conflits consisterait à encourager l'établissement de relations fondées sur l'accommodation entre des groupes aux intérêts opposés. Une situation d'affrontement entre des groupes sera ainsi transformée en une situation dans laquelle ces groupes reconnaissent qu'ils ont mutuellement intérêt à parvenir à des solutions applicables.

Que nous enseigne la justice réparatrice à propos des approches sous-jacentes qui devraient être utilisées en vue du règlement de différends de nature non pénale?

Tout d'abord, elle constitue une pierre de touche au regard de laquelle peuvent être évalués divers autres modes de règlement des différends. Une approche fondée sur la justice transformatrice consisterait à réunir toutes les personnes et tous les groupes concernés par un conflit, y compris ceux qui sont investis du pouvoir de rendre la décision. Dans la mesure du possible, il faut accorder aux participants la liberté de maîtriser le processus, d'établir les limites du conflit, d'établir des règles au sujet de la manière dont le processus devrait se dérouler et du rôle que jouera, le cas échéant, le médiateur. Les intérêts devront faire l'objet de discussions et de négociations, les positions devront être précisées. Tout comme une rencontre entre un délinquant et sa victime dans le contexte pénal, les rencontres entre les parties à un conflit de nature civile les aideront à comprendre leur propre position et celle des autres, en s'efforçant d'y trouver une solution.

Contrairement à ce qui se passe au cours d'une rencontre de justice réparatrice en matière pénale, il ne sera pas toujours nécessaire de rétablir les relations entre les parties en réparant le préjudice causé par l'acte fautif. Par exemple, un conflit relatif aux normes de santé et de sécurité dans un lieu de travail peut viser à amener une société à se conformer aux normes relatives à la qualité de l'air plutôt qu'à celle d'obtenir réparation pour d'éventuels préjudices causés par une mauvaise circulation d'air. Dans de tels

vermine dans un appartement; le locataire refuse pour cette raison de mettre les ordures à l'endroit prévu; pour se venger, le propriétaire néglige de réparer la plomberie défectueuse, puis transmet un avis d'éviction au locataire parce que ce dernier a cessé de payer le loyer. Quel rôle pourraient jouer les principes de la justice réparatrice dans des cas semblables?

Pour terminer, les principes de la justice réparatrice sont-ils applicables lorsque les parties s'entendent sur le préjudice causé, mais que le différend repose sur la détermination de qui en est responsable? Un exemple: le propriétaire d'une maison a intenté une action contre l'entrepreneur général, à qui il reproche d'avoir construit des fondations d'une façon non conforme aux règles de l'art. L'entrepreneur reconnaît le dommage (infiltrations d'eau) mais soutient qu'il est attribuable à la mauvaise qualité du béton qu'on lui a fourni et que, pour cette raison, la responsabilité du préjudice incombe à l'entrepreneur qui l'a livré.

Les exemples que nous venons de donner soulèvent un certain nombre de questions relativement à la possibilité (et à l'opportunité) de transposer les principes de la justice réparatrice dans des domaines autres que le droit pénal. D'autre part, ce sont tous des cas dans lesquels les mécanismes traditionnels du droit civil suscitent des difficultés. Si les principes et les pratiques de la justice réparatrice ne sont pas applicables dans leur totalité, ne serait-il pas possible de les modifier pour qu'ils répondent aux caractéristiques des litiges civils sans compromettre pour autant le cadre général de la justice réparatrice comme réponse aux conflits dans le domaine du droit pénal? C'est peut-être sur ce plan qu'il serait possible d'utiliser le potentiel transformateur de la justice réparatrice pour élaborer une conception élargie de la justice transformative, susceptible de s'appliquer tant aux litiges civils qu'aux différends relevant du droit pénal.

Même lorsqu'il n'entraîne pas un préjudice précis, le conflit demeure un concept relationnel. Ainsi, un conflit ayant trait à l'emplacement souhaitable d'une décharge publique peut faire intervenir des relations entre les membres de différentes industries, des syndicats, des associations de défense de l'environnement, des Autochtones, différents paliers de gouvernement, des associations de citoyens et d'autres groupes de personnes. La faillite implique des relations entre un débiteur et un ou plusieurs créanciers, et entre divers types de créanciers – dont chacun peut avoir une relation d'une nature tout à fait différente avec le débiteur: une banque, un concessionnaire d'automobiles, un employé, un conjoint, le gouvernement, une personne qui a été lésée par le débiteur, etc. Les conflits de relations de travail se caractérisent toujours par des relations complexes entre les travailleurs et la direction, entre les actionnaires d'une société et

réparatrice, la culpabilité du délinquant est tenue pour acquise, il est important de déterminer ce qui s'est passé seulement en vue de la réparation

Quand on sort du cadre du droit pénal, toute une gamme de nouvelles questions surgissent, qui ont trait à la relation entre l'acte fautif et l'application de la justice réparatrice. Dans bon nombre de litiges civils, certes, il existe une faute évidente: une personne a intentionnellement ou par inadvertance endommagé un bien; une personne, intentionnellement ou par inadvertance, manque à une obligation contractuelle; une personne, intentionnellement ou par inadvertance, profite du travail ou des idées d'une autre personne. Mais dans d'autres cas, il est impossible de présumer le caractère fautif des actes d'une personne: lorsque des enfants diffèrent sur ce qui leur revient en vertu du testament de leur père, le différend ne repose généralement pas sur une faute; lorsque des parents ne s'entendent pas sur la garde des enfants et les droits de visite dans le cadre d'un divorce, le différend ne porte généralement pas sur une faute; lorsque des créanciers présentent des revendications contradictoires quant aux biens d'une société en faillite, ils ne s'accusent habituellement pas l'un l'autre d'avoir commis des actes fautifs. Les principes de la justice réparatrice sont-ils applicables à de telles situations, dans lesquelles il n'y a aucun délit?

Par ailleurs, l'application de ces principes peut-elle être étendue aux cas où une personne souhaite recourir au droit pour prévenir un préjudice éventuel plutôt que pour obtenir réparation d'un préjudice déjà causé? Par exemple, une association de défense de l'environnement peut demander une injonction pour faire interdire la construction d'un entrepôt de produits chimiques dans le voisinage d'un quartier résidentiel. On peut également se demander si les principes de la justice réparatrice sont applicables dans les cas où il faut faire un choix entre deux préjudices opposés: mettre fin à une action et causer ainsi un préjudice d'un certain type, ou continuer à faire quelque chose et causer ainsi un autre type de préjudice? Prenons l'exemple d'un fabricant, établi dans une petite ville, qui est incapable de se conformer aux normes environnementales. L'alternative est la suivante: laisser l'entreprise continuer à contrevenir aux normes et à polluer l'environnement local, ou bien la forcer à cesser ses activités et provoquer un ralentissement économique dans la localité.

Il y a aussi des différends civils qui ne portent pas sur une faute unique; en effet, les différends relevant du droit familial, des relations de travail et des relations entre propriétaire et locataire sont souvent constitués de fautes cumulatives commises par toutes les parties au conflit. Voici un exemple: un propriétaire ne prend pas les mesures nécessaires pour éliminer la



Il serait cependant faux de mettre sur le même pied, d'une part les autres modes de résolution des différends comme façon de résoudre les conflits relevant du droit pénal, et d'autre part la justice réparatrice appliquée dans le contexte du droit pénal. Il existe toute une gamme d'autres mécanismes de résolution des différends, de la négociation informelle à la décision rendue d'une manière traditionnelle par des tribunaux privés. Les autres processus de résolution des différends peuvent être empreints de solennité, ou sans formalité aucune. Ils peuvent être volontaires ou obligatoires. Les ententes peuvent être négociées, elles peuvent aussi être imposées. Pour bien des partisans des autres modes de résolution des différends, les solutions de rechange aux procédures judiciaires doivent respecter des principes analogues à ceux de la justice réparatrice. Mais tous ne sont pas de cet avis. Jusqu'ici, la notion d'autres modes de résolution des différends n'a pas été axée sur les moyens par lesquels il serait possible de faire en sorte que les préoccupations et les intérêts des parties à un conflit soient plus adéquatement pris en compte que lorsque les procédures habituelles du droit civil sont déployées.

La portée de la justice transformative dans les domaines du droit autres que le droit pénal dépendra de la mesure dans laquelle elle est susceptible d'entrichir notre compréhension des autres modes de règlement des différends élaborés au cours des deux dernières décennies. Il serait possible d'examiner et d'évaluer différents autres modes à l'aune des trois principes de la justice réparatrice formulés dans la troisième section. Est-ce que les programmes d'autres modes de règlement envisagent les différends sous l'angle d'atteintes à des relations, plutôt que sous l'angle de l'objet du conflit en question? Est-ce que les autres modes les plus courants, – négociation, médiation, arbitrage – confèrent aux parties un pouvoir suffisant pour définir les enjeux et déterminer les résultats en fonction de leurs intérêts propres? La collectivité a-t-elle un rôle à jouer dans la résolution de différends civils? Si les différends portant sur l'environnement concernent de toute évidence la collectivité, c'est moins clair dans le cas des faillites, et l'intérêt de la collectivité est sans doute très limité dans les différends surgissant dans un contexte familial.

Les méthodes de la justice réparatrice sont axées sur l'existence d'un tort, d'un préjudice. La justice réparatrice entre en scène sur la prémisse qu'un tort a été causé. Elle fonctionne bien dans le système de justice pénale, parce que le droit pénal propose une liste toute faite de délits, et parce que l'auteur du délit est facilement identifiable. Dans la très grande majorité des cas, il n'existe aucune ambiguïté sur la nature du tort ainsi que sur l'identité du responsable et de la victime. Comme, du point de vue de la justice

La justice réparatrice peut avoir une incidence notable sur la façon dont nous résolvons les conflits dans le système de justice pénale. En mettant en relief le préjudice causé à des personnes et ce qu'exige la réparation de ce préjudice, la justice réparatrice place les participants à un conflit au centre même du processus et leur fournit l'occasion de tenter activement de résoudre celui-ci. Mais la justice réparatrice peut également aider le droit dans l'élaboration d'un cadre permettant la résolution d'autres types de conflits. En ce sens, les principes et les pratiques de la justice réparatrice peuvent avoir un caractère transformatif.

Comment passer de la justice réparatrice à la justice transformatrice? Qu'entendons nous par justice transformatrice? La justice transformatrice consiste à reconnaître toute la gamme des préjudices causés par un conflit et à y réagir – et aussi à tirer parti des occasions que présente ce conflit, en réunissant des personnes dans le cadre d'un processus qui encourage à la fois la guérison et le développement personnel.

La justice transformatrice, comme stratégie générale de réaction aux conflits, étend l'application des principes et des pratiques de la justice réparatrice au-delà du système de justice pénale. Dans la première section de ce document, nous avons signalé que la définition du crime résulte d'une interaction complexe de conceptions morales et de rapports de force fluctuants au sein de la société. La manière dont un conflit est défini détermine le type de réaction qui sera privilégiée. Ceci peut aussi s'appliquer à des domaines comme le droit de l'environnement, le droit des sociétés, les relations de travail, les faillites et l'endettement de consommateurs, le droit de la famille.

Le cadre et les principes de ce qu'on appelle « autres modes de règlement des différends » semblent indiquer que plusieurs des critiques formulées par les victimes et les délinquants à l'égard du système de justice pénale ont leur pendant dans le système de justice civile. La résolution judiciaire des différends de nature non criminelle est coûteuse et prend du temps. Les personnes lésées exercent bien peu de contrôle sur la procédure, qui souvent leur paraît incompréhensible. Les enjeux sont formulés dans le langage juridique, plutôt que selon la façon dont ils sont vécus par les intéressés. Les mesures de réparation judiciaires ne coïncident pas toujours avec la manière dont les parties auraient résolu le conflit si on leur en avait donné la possibilité.



Il est possible, à notre avis, que la justice réparatrice ne soit encouragée et utilisée que pour diminuer les dépenses et réduire la taille de l'État. Dans quelle mesure devons-nous craindre que la gouvernance étatique et professionnelle soit remplacée par des formes de gouvernements fondées sur le marché ou la collectivité alors que les gouvernements ne sont pas disposés à financer adéquatement la justice réparatrice?

Bon nombre des questions formulées dans la présente section ne pourront être étudiées qu'au fur et à mesure qu'on expérimentera et évaluera différents types de programmes de justice réparatrice. Rappelons un de nos postulats initiaux: la justice doit être souple et dynamique. L'élaboration de la justice réparatrice constituera un processus du type « essais et erreurs ». Sans doute ces questions ne seront-elles jamais parfaitement résolues, mais les programmes de justice réparatrice ont le potentiel de répondre aux attentes des Canadiens et des Canadiennes en ce qui a trait à la manière dont la justice pénale devrait être appliquée. Il faut maintenant se demander si la justice réparatrice, en tant que réaction aux conflits, peut s'avérer utile dans d'autres domaines que la justice pénale.



[L'EXAMEN DES PROGRAMMES FÉDÉRAUX]

renfermait une philosophie générale de la gouvernance fondée sur l'autonomie et la subsidiarité – une philosophie bâtie sur la responsabilité personnelle et sur l'aide fournie, selon les besoins individuels, par le secteur privé, les groupes communautaires ou le palier de gouvernement le plus près du citoyen et en mesure de fournir de l'aide d'une manière efficace.

G. Paquet. « Alternative Service Delivery: Transforming the practices of governance », dans R. Ford et D. Zussman (dir.), *Alternative Service Delivery: Sharing Governance in Canada*, Toronto, KPMG, 1997, 32, p. 36.

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont récemment accordé leur appui aux programmes de justice réparatrice. Ils estiment que ces programmes peuvent constituer une réponse aux critiques formulées par les associations de victimes à propos des injustices qu'elles subissent dans le système actuel. Mais d'autres raisons expliquent que les gouvernements favorisent la justice réparatrice. Pour certains, cette formule constitue un moyen de réduire l'encombrement du système judiciaire. Cela vaut en particulier pour les crimes moins graves, dans le cas desquels on juge fastidieux d'initier des poursuites. Certains voient par ailleurs la justice réparatrice comme un programme de déjudiciarisation permettant de réduire le nombre de délinquants incarcérés et les coûts liés à l'incarcération. Pour les partisans de cette formule, le désencombrement des tribunaux et la diminution du nombre de délinquants incarcérés sont des *conséquences* de la justice réparatrice; pour les gouvernements, ces conséquences deviennent des *objectifs*.

SUJET DE DISCUSSION:

Quelles sont les implications de ces objectifs contradictoires? Comment faire en sorte qu'un programme de justice réparatrice ne soit pas évalué uniquement en fonction d'objectifs et de valeurs qui ont peu ou rien à voir avec les principes de la justice réparatrice?

Il y a lieu de se demander, également, comment la justice réparatrice s'insère dans l'évolution générale des politiques publiques canadiennes. Les gouvernements fédéral et provinciaux expérimentent à l'heure actuelle de nouvelles méthodes de prestation de services. Quand les gouvernements essaient de mieux répondre aux besoins locaux, dans un contexte de restrictions financières, ils se contentent souvent de se retirer. En déclarant qu'ils ne sont pas en mesure de répondre à de nombreux problèmes sociaux auxquels, traditionnellement, ils s'attaquaient, ils justifient le fait qu'ils se déchargent de leurs responsabilités sur les collectivités locales.

SUJETS DE DISCUSSION:

Dans quelle mesure la justice réparatrice, à titre d'option nouvelle de prestation de services en matière de justice, s'accorde-t-elle avec les grands changements en cours dans l'administration publique au Canada?



SUJETS DE DISCUSSION:

La justice réparatrice ne se fixe-t-elle pas une tâche impossible si elle vise davantage que de veiller à ce qu'aucun dommage supplémentaire ne soit causé aux victimes et aux délinquants?

Nous pensons que les collectivités auront besoin de ressources considérables pour instaurer d'une manière efficace des programmes de justice réparatrice. Quelles méthodes leur permettraient le plus efficacement d'obtenir ces ressources?

Quels intérêts sert la justice réparatrice?

Si l'on adopte l'approche de la justice réparatrice, il est important de se demander quelles sont les personnes dont les intérêts seront servis. Prenons tout d'abord le groupe « client ». L'observation de diverses formes de justice populaire donne à penser que les méthodes officielles ne sont pas utilisées dans la même mesure par les riches et par les pauvres. En outre, dans le cas des processus de médiation, les médiateurs ont tendance à appartenir à une classe sociale plus élevée que les participants. Finalement, il semble bien que, dans le cas de la médiation en matière pénale, l'élément racial puisse jouer dans la décision d'offrir ou non aux victimes et aux délinquants la possibilité d'emprunter la voie de la justice réparatrice. Il ressort de données empiriques que les victimes et les délinquants qui ont vécu l'expérience des programmes de justice réparatrice en sont satisfaits. Il faudrait cependant étudier d'une façon plus approfondie les raisons pour lesquelles certains d'entre eux décident de ne pas participer à ces programmes, et vérifier si certaines victimes et certains délinquants se voient refuser cette possibilité alors qu'ils souhaiteraient s'en prévaloir.

SUJETS DE DISCUSSION

Nous pensons que les programmes de justice réparatrice risquent de devenir, avec le temps, une justice de seconde classe. Comment faire en sorte que cela ne se produise pas?

Comment expliquer que certaines victimes et certains délinquants décident de ne pas participer aux programmes de justice réparatrice?

LA CITOYENNETÉ N'EST PLUS INTERPRÉTÉE

en termes de solidarité, de contentement, de protection sociale et d'un sentiment de sécurité établis grâce aux liens créés par la vie organisationnelle et sociale. La

et non passive et dépendante. Le sujet politique devient dès lors un individu dont la citoyenneté se manifeste par le libre exercice d'un choix personnel parmi toute une gamme d'options. Les programmes de gouvernement doivent être évalués selon la mesure dans laquelle ils favorisent ce choix. Et le langage de la liberté individuelle, du choix personnel et de la réalisation de soi en est arrivé à former l'ossature des programmes de gouvernement formés dans tout l'éventail politique - politiques et professionnels.

groupes de pression, défenseurs des libertés

P. Miller et N. Rose « Governing Economic Life » 1990:19, Economic and Society, n° 1, 75, p. 98

La justice pénale comme moyen de changer la société?

Les programmes de justice réparatrice peuvent s'avérer des initiatives d'éducation de la collectivité, donnant à des personnes la possibilité de préciser les normes, d'affirmer les règles de conduite, puis de les communiquer aux autres membres de la collectivité. Les victimes sont en mesure de jouer un rôle actif dans la réponse aux délits. Les délinquants sont incités à assumer la responsabilité de leurs actes, et notamment à s'attaquer aux problèmes d'où découle leur comportement criminel.

On peut se demander si « réagir à la criminalité » est le meilleur point de départ quand il s'agit de promouvoir une transformation sociale. Le système de justice pénale traditionnel est fondé sur la réaction: il répond à un fait négatif ou à une situation de conflit. Son application touche des sentiments divers – souffrance, trahison, tromperie, violence, malentendus, négligence, douleur – et confronte des personnes au moment où elles sont le plus vulnérables. Si l'on vise à ce que les gens sortent du système de justice pénale dans un meilleur état que lorsqu'ils y sont entrés, il ne fait pas de doute que le système, de la façon dont il est actuellement constitué, ne favorise pas le changement au sein de la société et ne saurait être considéré comme une expérience transformatrice pour les victimes et les délinquants. Les programmes de justice réparatrice présentent ce potentiel. Mais ils supposent une participation très importante de la collectivité. Non seulement l'objectif du système de justice pénale se trouve élargi, pour embrasser la tâche de la transformation sociale, mais c'est à la collectivité que cette mission est confiée. Habituellement, les collectivités les plus touchées par la criminalité sont également celles qui sont le moins organisées, le moins en mesure d'y réagir efficacement. Le conflit représente certes une occasion de croissance et de développement, mais souvent par la douleur et la souffrance. Si l'on n'affecte pas des ressources à cette fin, on impose sans doute un fardeau trop lourd à ces collectivités en leur demandant, non seulement de réagir au conflit, mais de le faire de façon à accomplir une transformation sociale.

IL EST IMPOSSIBLE DE TRANSFORMER UNE COLLECTIVITÉ en un lieu sain et paisible simplement en postant des agents de police à chaque coin de rue ni, du reste, en envoyant des travailleurs sociaux dans chaque foyer. La criminalisation ne résout pas les problèmes créés par le racisme, la désindustrialisation ou la paupérisation. Elle permet dans une large mesure à la colère légitime de s'exprimer adéquatement, mais il y a un prix à payer: les groupes dominants ne sont pas menacés et les relations dominantes fondées sur le capital et sur le patriarcat ne sont pas remises en question.

L. Snider. « Towards Safer Societies: Punishment, Masculinities And Violence Against Women » (1998) 38 *British Journal of Criminology* 1, p. 15.

Comment « l'intérêt de la collectivité » est-il déterminé? Quel rôle doivent jouer, dans les programmes de justice réparatrice, ceux et celles qui mettent en question « l'intérêt de la collectivité »?

La participation de la collectivité aux programmes de justice réparatrice devrait-elle être organisée de manière à tenir compte des réseaux auxquels adhèrent les délinquants et les victimes, et qui parfois se chevauchent.

La justice réparatrice soulève aussi la question de savoir si la collectivité est un moyen, ou une fin en soi. Pour certains partisans de cette formule, la collectivité est une ressource dans laquelle on peut trouver les personnes qui participeront aux conférences familiales, aux cercles de détermination de la peine ou aux comités de justice pour les jeunes. Ils ont le sentiment que la collectivité respecte un ensemble d'attitudes et de valeurs, définissables et largement partagées. Les délinquants se sont écartés des normes de la collectivité. Il s'agit d'essayer de les ramener dans le droit chemin en renforçant les valeurs communes par divers moyens: susciter l'expression de la vérité et des sentiments de honte, favoriser des rencontres, recourir au travail communautaire. Dans ce contexte, la collectivité constitue un moyen par lequel la justice est réalisée.

Pour d'autres personnes, la notion de collectivité a un sens différent. Le crime découle du fait que la collectivité n'a pas réussi à susciter à un degré suffisant les valeurs communes propres à donner naissance à une solidarité locale. Si une rupture au niveau de l'engagement à la collectivité se traduit par une recrudescence de la criminalité, on peut supposer que le renforcement de la solidarité au sein de cette collectivité entraînera une diminution de la criminalité. En discutant des conflits dans un contexte ouvert et sûr, les membres de la collectivité sont en mesure d'évaluer les normes de conduite, de réaffirmer celles qui s'accordent au point de vue des membres, de transformer celles qui devraient s'y accorder. Dans ce cas, la collectivité constitue la fin poursuivie, alors que la justice réparatrice est une stratégie visant à renforcer les liens sociaux parmi les membres de la collectivité.

On présume souvent que la collectivité est une chose entièrement vertueuse, vers laquelle il faut tendre, qu'il faut entretenir, établir. L'édification de la collectivité fait partie de notre responsabilité civique. On associe souvent la collectivité à l'ordre, à la stabilité, à la solidarité. Mais les collectivités ont aussi d'autres facettes. Elles peuvent revêtir un caractère d'exclusion, si on les définit par ce qu'elle ne sont pas. Les dispositifs de sécurité perfectionnés des communautés résidentielles clôturées, par exemple, excluent régulièrement certains groupes pour garantir l'homogénéité. Les collectivités sont souvent dépeintes comme égalitaires. Mais cela masque le fait que certains membres d'une collectivité – en raison de leur âge, de leur sexe, de leur affiliation religieuse ou politique – jouissent d'un plus grand pouvoir que d'autres, pouvoir qu'ils peuvent ou non utiliser pour favoriser le « bien commun ». L'idée même d'un « bien commun » unique est en outre suspecte. Les collectivités peuvent être composées de groupes ayant des conceptions différentes de ce qui constitue un comportement inacceptable et des façons d'y réagir.

La collectivité peut être une simple unité géographique, une région administrative, un village, par exemple. Il est alors aisé de déterminer qui en fait et n'en fait pas partie, et d'exclure les « étrangers ». Elle peut également être conçue comme un ensemble d'attitudes. Cette conception symbolique se traduit par des expressions comme « sens de la collectivité », « esprit collectif », « édification de la collectivité », « fierté collective », qui exercent une certaine pression sur les membres. Finalement, on peut concevoir la collectivité d'une façon plus fluide, comme un réseau d'associations qui relient les gens selon leurs obligations ou leurs intérêts mutuels. Une personne peut faire partie de plusieurs collectivités – famille, associations professionnelles, réseaux d'amitié –, qui peuvent être locales ou avoir une plus grande étendue. Les gens peuvent choisir d'adhérer à des collectivités en fonction d'intérêts mutuels, et aussi de quitter des collectivités, par exemple leur famille, en rompant les liens avec les autres membres. Ces différentes manières de concevoir les collectivités ont des incidences sur la structure des programmes de justice réparatrice.

SUJETS DE DISCUSSION:

Y a-t-il lieu d'élaborer des programmes de justice réparatrice correspondant aux collectivités géographiques, comme dans le cas des programmes du type « surveillance de quartier » ou « police de quartier », en ayant recours à des médiateurs bénévoles et à des membres de la collectivité choisis dans le voisinage? Ou bien, est-ce que les programmes de justice réparatrice devraient faire appel à un intérêt plus normatif?

LE TERME « COLLECTIVITÉ » [...] est, dans le domaine politique, le mot à la mode des années 1990 – l'antidote à la crise de la modernité « fin de siècle ».

A. Crawford, *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 148.



[LA JUSTICE RÉPARATRICE] a, dans une large

mesure, été une initiative des amonâiers

œuvrant dans le système correctionnel et des

organisations qui travaillaient auprès des

délinquants et qui les soutiennent. Les

personnes et les groupes qui se soucient

uniquement des victimes ne s'y sont que très

peu intéressés. Les groupes de défense des

victimes, par conséquent, craignent que ce

processus soit axé sur le délinquant et soit

exagérément focalisé sur ses besoins, ceux

des victimes étant relégués au second plan

Centre des ressources pour victimes, *Balancing*

The Scales Of Victims' Rights In

Canada, Ottawa, Centre des ressources pour

victimes, p. 48. [En ligne] Association

canadienne des policiers

balancing the scales him

correctionnel.

peine prononcée contre le délinquant et d'être tenues au courant du

cheminement de celui-ci dans le système de probation ou le système

correctionnel.

Mais dans le cadre de la justice réparatrice, les victimes assument une

responsabilité bien plus grande quant à l'issue du conflit et, par conséquent,

quant au sort des délinquants. Il ne faut pas oublier que le contrôle exercé

par l'État sur les poursuites pénales réduit la probabilité que les victimes

cherchent à se venger personnellement. En outre, il les protège contre

d'éventuels nouveaux préjudices. Cela est particulièrement vrai quand les

victimes ont moins de pouvoir que les délinquants. Les victimes peuvent

souhaiter être indemnisées, obtenir de l'information au sujet du dossier,

poser des questions au délinquant, donner libre cours à leur colère. Mais tout

cela est différent de la participation des victimes à la détermination de la

peine qui sera prononcée contre le délinquant. Comme la victime supporte

déjà un fardeau disproportionné en raison de l'infraction, il est tout à fait

possible qu'un accroissement de sa responsabilité à ce chapitre entraîne une

revictimisation, ce qui est diamétralement contraire au but recherché. Pour

que le potentiel de la justice réparatrice se réalise pleinement, il faut que les

victimes participent à la conception et au suivi des programmes.

SUJETS DE DISCUSSION:

Dans quelle mesure les victimes souhaitent-elles jouer un rôle dans le

système de justice pénale?

Dans quelle mesure la justice réparatrice coïncide-t-elle avec les besoins

des victimes en matière d'information, d'indemnisation et de partici-

paton au processus de justice pénale?

Est-il sage de confier aux victimes la responsabilité de déterminer de

quelle manière le système de justice pénale devrait réagir quand une

personne enfrein la loi? Désirent-elles de cette responsabilité?

La signification du mot « collectivité »

La « collectivité » est un concept clé dans les programmes de justice

réparatrice. La collectivité est le lieu où s'accomplit la justice. Les membres

de la collectivité sont aussi des participants clés dans les programmes de

justice réparatrice. Cependant, le mot « collectivité » a plusieurs sens,

souvent contradictoires.

permis de constater que dans de nombreux cas, plutôt que de demander à la police de faire enquête sur des personnes soupçonnées de se livrer à de tels abus, des établissements ont pris des mesures d'ordre privé – mutation ou congédiement du suspect. Or, il est arrivé fréquemment que la personne sur qui pesaient de tels soupçons a ensuite commis de nouvelles agressions dans un autre établissement.

Ces exemples de justice privée permettent de saisir les différences entre le forum où la justice est rendue et la forme de cette justice. Il s'agit de cas où l'on n'a pas eu recours à des mécanismes publics, mais ils ne reflètent pas pour autant les principes de la justice réparatrice. La résolution privée d'un conflit qui n'amène pas l'auteur à reconnaître sa faute et sa responsabilité n'est pas en accord avec ces principes. Souvent, une telle reconnaissance suffit à garantir l'absence de récidive – mais pas toujours. Dans certains cas, il est important de consigner publiquement l'infraction commise. Même s'ils ne contiennent pas tous les détails d'un incident donné, les dossiers judiciaires constituent une précieuse source d'information publique sur les faits. Nous croyons que la justice réparatrice doit être en mesure de remplir cette fonction de transparence publique, même lorsque le conflit lui-même est résolu d'une façon privée.

SUJETS DE DISCUSSION:

Dans quels types de situation est-il nécessaire de satisfaire aux objectifs de la justice réparatrice en matière de responsabilité en produisant un dossier public?

Dans les cas en question, quelle est la meilleure façon de faire en sorte que les renseignements importants sur les conflits soit consignés dans un dossier public?

Les besoins de la victime

L'une des principales préentions des programmes de justice réparatrice, c'est d'être sensibles aux besoins des victimes. En leur permettant de participer au processus, on affirme qu'elles retrouveront le sentiment de maîtrise de leur vie et seront mieux en mesure de faire face aux répercussions émotives et psychologiques du conflit. Récemment, on a vu des victimes exiger d'être mieux renseignées sur le traitement de l'affaire, d'être autorisées à participer au système pénal, de recevoir de l'information au sujet de la

SI, EN GRANDE-BRETAGNE, la médiation est

arrivée tardivement pour ses partisans enthousiastes, elle est arrivée juste un peu trop tôt en ce qui a trait à l'aide aux victimes.

On ne s'occupait pas encore adéquatement des victimes de crimes, on commençait à peine à reconnaître et à comprendre leurs besoins. [...] l'idée d'ententes conclues entre victimes et délinquants au moyen de la

médiation a vu le jour prématurément, à la faveur d'une association inhabituelle entre responsables politiques et réformateurs du droit pénal, qui s'intéressaient surtout à un système de justice pénale mal en point auquel il était urgent de donner une nouvelle

orientation. On a vu, dans l'intérêt des victimes apparu au début des années 1980, un moyen à saisir pour alléger la tâche de tribunaux surchargés et pour envoyer moins de délinquants dans les prisons, surpeuplées et ingérables.

H. Reeves, « The Victim Support Perspective » dans M. Wright et B. Galloway (dir.), *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*, London, Sage Publications, 1989, 44, p. 44.





de leurs victimes et de réaliser les conséquences de leurs actes. Cette douleur est une conséquence du travail nécessaire pour susciter une réconciliation ou résoudre le conflit; elle n'a pas été imposée dans le but de faire souffrir. La question qui se pose est celle de savoir comment l'incarcération peut s'insérer dans un cadre de justice réparatrice.

SUJETS DE DISCUSSION

Jusqu'à quel point la punition est-elle une réponse légitime au conflit, dans le cadre de la justice réparatrice?

L'incarcération peut-elle être justifiée, en tant que sanction réparatrice, sans qu'on ait recours à la notion de châtiment? Certains aspects du châtiment sont-ils compatibles avec la justice réparatrice?

La justice réparatrice et la justice privée

Il faut préciser le rapport entre justice réparatrice et justice privée. Par justice privée, nous entendons les différends qui sont résolus sans l'intervention des autorités publiques. La justice privée peut être individualisée et officieuse (comme la vengeance personnelle) ou elle peut avoir un caractère collectif et organisé (police privée, sécurité privée, par exemple).

Lorsque des conflits sont abordés d'une manière privée, un certain nombre de connaissances et de données ne sont pas rendues publiques. Dans certains cas, cela est souhaitable. Ainsi, un sévère avertissement donné par un agent de sécurité et un appel téléphonique aux parents peuvent s'avérer suffisants pour dissuader un adolescent de se livrer au vol à l'épaulage. Dans d'autres cas, la justice privée ne constitue pas nécessairement la manière appropriée de réagir à un acte répréhensible. Prenons le cas d'un comptable qui détourne de l'argent destiné à un organisme de bienfaisance. Plutôt que de porter plainte auprès de la police ou de l'ordre professionnel des experts-comptables et de rendre ainsi les faits publics, l'organisme en question décide de congédier le comptable sans divulguer ses agissements. Le comptable est par la suite engagé par un autre organisme et commet le même type de malversations. Ce deuxième organisme, donc, a été lésé par le caractère privé des mesures prises à la suite du premier détournement de fonds et par l'inexistence d'un dossier public concernant les délits commis par le comptable. L'étude effectuée par la Commission du droit au sujet des services exercés sur des enfants placés dans des établissements a en outre

délinquant négocient un « règlement » qui, aux yeux du facilitateur et des participants de la collectivité, témoigne d'une trop grande « clémence ». Le consentement des parties au conflit est-il suffisant pour que l'entente soit acceptable? La participation de la collectivité semble indiquer que son intérêt est également en cause, que l'intérêt de la justice ne se limite pas à la résolution de problèmes jugée satisfaisante uniquement par les personnes directement concernées. Si la justice réparatrice peut être mieux en mesure de répondre à l'intérêt de la collectivité que le système rétributif, il existe sans doute des situations dans lesquelles l'intérêt de la collectivité ne correspond ni à ceux de la victime, ni à ceux du délinquant.

SUJET DE DISCUSSION:

Nous pensons que la justice réparatrice doit être davantage qu'un forum au sein duquel des individus peuvent résoudre leurs différends. Le nombre des conflits qui sont résolus concerne les intérêts de la collectivité. Quelle est l'importance relative des intérêts de la collectivité, des intérêts des victimes et des intérêts des délinquants?

La justice réparatrice est souvent dépeinte comme quelque peu inférieure à la justice, parce qu'elle privilégie la réparation plutôt que le châtiement, l'indemnisation plutôt que l'incarcération. En résumé, on lui reproche de favoriser une trop grande « indulgence » à l'égard de la criminalité. Pour certains délinquants, le fait de devoir rencontrer leurs victimes et d'assumer les conséquences de leurs actes constitue sans doute une punition moins sévère que de passer un certain nombre d'années dans une prison où l'aviilissement et l'humiliation font partie de la routine. Pour d'autres, c'est parfois le contraire. La sévérité relative de chacune de ces solutions est dans une large mesure une question d'ordre empirique, liée à la constitution psychologique des victimes et des délinquants. Dans le meilleur des cas, le débat sur les mérites de la justice réparatrice en fonction de « l'indulgence » ou de la « sévérité » à l'égard des crimes nous détourne des critères à l'aune desquels devrait être appréciée la validité d'une politique. Dans le pire des cas, il conduit les responsables politiques à se livrer à une surenchère, à tenter de faire en sorte que le traitement réservé aux délinquants soit d'un cran plus sévère ou moins sévère que dans le cas d'autres options.

La question à laquelle il faut s'attaquer, c'est la nécessité de la punition. Infliger volontairement des privations sévères, c'est tout à fait autre chose qu'imposer une peine qui peut s'avérer douloureuse pour le délinquant. Par exemple, il peut s'avérer pénible pour des délinquants d'être mis en présence



s'avèrera nécessaire à l'égard de certains délinquants. Par exemple, s'il est vrai qu'une acceptation authentique de la responsabilité exprimée, par exemple, par des excuses, ne peut se faire sous la contrainte, il demeure possible que certains délinquants (notamment ceux qui ont déjà eu affaire à la justice pénale) aient besoin qu'on les incite à essayer une autre méthode de règlement des conflits.

Les victimes peuvent elles aussi se sentir contraintes de participer à un programme de justice réparatrice. Cela est particulièrement vrai lorsqu'elles ne s'estiment pas en mesure de défendre leurs intérêts. Par exemple, une victime pourra hésiter à refuser de participer à un programme si elle sait que l'accusé, certains membres de la collectivité, la police, d'autres professionnels et un facilitateur acceptent d'y participer. Cela peut constituer un problème important dans les petites collectivités, car il est probable que des relations existaient déjà entre les victimes, les délinquants et les membres de la collectivité. Finalement, la coercition intervient aussi dans la négociation d'ententes relatives à la réparation, surtout lorsque, dans le cas où aucune entente n'est négociée, le délinquant est inculpé formellement ou est renvoyé devant le tribunal judiciaire pour le prononcé de sa peine.

SUJET DE DISCUSSION

Les appréhensions relatives à la coercition sont à notre avis valables. Existe-t-il des façons d'amener la coercition à un minimum? La coercition a-t-elle aussi des effets positifs dans un programme de justice réparatrice?

LA LOGIQUE DE LA REPRÉSENTATION est-elle une acceptation des valeurs normatives du groupe ou de l'association en cause? La culturelle dans sa façon d'aborder les résultats? Autrement dit, un règlement conclu entre les parties est-il acceptable du simple fait qu'elles ont agi d'elles-mêmes et exercé leur propre jugement dans le processus? Ou bien faudrait-il exiger que le processus et le résultat s'accordent avec une quelconque notion reconnue d'acceptabilité?

A Crawford, *The Local Governance of Crime Appeals to Community and Partnerships*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 188

processus rétributif quand les victimes et/ou les délinquants ne souhaitent pas participer à un tel programme?

SUJET DE DISCUSSION:

La justice réparatrice est-elle un système de justice? Peut-elle fonctionner indépendamment du système de justice pénale existant?

En ce moment, les programmes de justice réparatrice fonctionnent dans l'ombre du système de justice pénale. S'ils continuent à se multiplier et en viennent à occuper une place plus importante au sein du système de justice pénale, l'interaction des deux systèmes et leur influence mutuelle au fil du temps deviendront des questions fondamentales. Les programmes de justice réparatrice seront-ils intégrés au système de justice pénale, perdant de ce fait leur potentiel d'innovation? Est-ce que les concepts et les méthodes de la justice réparatrice s'inséreront progressivement dans le système de justice pénale habituel? Ou bien verra-t-on les deux systèmes coexister dans le cadre d'une relation d'acceptation mutuelle, chacun ayant une influence sur l'autre?

La coercition

Le processus de justice pénale actuel est, dans sa constitution même, un système coercitif. Dans la mesure où la justice réparatrice se fonde sur la police pour lui signaler les dossiers nécessitant son intervention (ce qui diffère du cas où un délinquant s'engage dans un programme de justice réparatrice sans que ses actes aient été signalés par un agent de police), un élément de coercition subsiste. Et même quand victimes et délinquants consentent à l'application d'un programme de justice réparatrice, il existe aussi une coercition, quoique plus subtile. Car tant que la menace d'une incarcération pèse sur les délinquants, leur participation à un programme de justice réparatrice n'est pas entièrement libre. Certaines personnes risquent de se sentir contraintes de participer à un tel programme même si elles ne sont coupables d'aucune infraction.

D'autre part, il serait sans doute irréaliste de souhaiter une participation absolument volontaire. Il suffirait peut-être d'offrir le choix aux délinquants et de leur permettre de participer à un programme de justice réparatrice s'ils en expriment le souhait, en veillant à ce que la formation du facilitateur lui permette de réagir dans le cas, improbable, où le délinquant feignait le remords, ou n'était pas disposé à accepter la responsabilité des préjudices qu'il a causés. On pourrait aussi faire valoir qu'une certaine coercition

de résolution des différends instituées par l'État tendent à être incorporées

dans le système officiel.

En ce moment, la justice réparatrice adopte un point de vue critique à l'égard du système de justice pénale. Elle est souvent présentée comme une option au processus existant, et *en même temps* elle dépend de ce processus. Le rapport entre ces deux réponses aux conflits sera toujours marqué d'une certaine tension. Par exemple, la justice réparatrice met en question la définition du crime: le crime devient une atteinte aux relations entre des personnes plutôt qu'une atteinte à l'État. La plupart des programmes de justice réparatrice, pourtant, ne reflètent pas cette distinction. Ils sont axés sur le comportement criminel plutôt que sur la notion de conflit, criminel ou non.

SUJETS DE DISCUSSION

Est-il nécessaire que la justice réparatrice soit étroitement liée au système de justice pénale?

Si la justice réparatrice contribue à l'édification de la collectivité, ou ralentit le rythme du déclin de la collectivité, comment les collectivités devraient-elles réagir aux incivilités non criminelles (bris de carreaux, par exemple) qui engendrent un sentiment de désordre et accroissent les craintes et l'anxiété?

Il existe d'autres points d'intersection entre la justice réparatrice et le processus de justice pénale en vigueur. En premier lieu, tandis que le système de justice pénale ne permet pas de s'attaquer efficacement aux conséquences matérielles et psychologiques du conflit, son efficacité est éplorée pour ce qui est de la détermination de la culpabilité au sens juridique. Comme de nombreux programmes de justice réparatrice exigent du délinquant qu'il accepte la responsabilité de ses actes, que se passe-t-il si l'accusé conteste sa responsabilité ou sa culpabilité? La justice réparatrice dispose-t-elle de mécanismes adéquats en ce qui a trait aux problèmes liés à la culpabilité? En deuxième lieu, il semblerait nécessaire d'établir, dans le cadre de la justice réparatrice, un quelconque mécanisme garantissant l'application des ententes conclues entre victimes et délinquants. Quel organisme remplira ce rôle? Devra-t-on modifier l'organisation des services de police afin qu'ils soient mieux adaptés aux principes de la justice réparatrice? En troisième lieu, dans quelle mesure la justice réparatrice cédera-t-elle la place au

[...] LE MAINTIEN DU SYSTÈME ACTUEL

rassurerait bien des gens qui craignent la violence. Si [un autre modèle] échouait dans tel ou tel cas, nous pourrions toujours avoir recours au système répressif. Le système actuel devrait toujours être gardé en réserve, en tant qu'élément subsidiaire de la répression du crime

H. Bianchi: *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control* (Bloomington (Ind.): Indiana University Press, 1994, p. 96)

La guérison, la conciliation, le pardon, le développement moral sont des concepts tout à fait différents de ceux que nous associons aux tribunaux, comme la proportionnalité, la certitude, la sévérité. Le discours que nous tenons sur un conflit détermine la façon dont nous y répondrons, confère une légitimité à certaines formes de connaissance et en discrédite d'autres, établit des critères pour l'appréciation des résultats. Pour certaines personnes, l'aspect thérapeutique de la justice réparatrice constitue une extension regrettable du pouvoir de l'État. Pour d'autres, au contraire, la justice réparatrice met un frein au pouvoir de l'État. Elles estiment que la justice réparatrice soustrait le conflit de l'emprise de l'État pour le renvoyer aux victimes, aux délinquants et à la collectivité.

SUJET DE DISCUSSION:

La justice réparatrice propose une façon différente d'organiser notre réponse à la criminalité et aux conflits. Quelles sont les incidences de l'instauration de nouveaux types de connaissances et d'un nouveau groupe de professionnels dans le système de justice pénale?

Une des conséquences des programmes de justice réparatrice consiste, dit-on, dans la limitation du pouvoir de l'État. Mais on présume alors que le pouvoir transféré à la collectivité est nécessairement plus inoffensif que le pouvoir étatique. On présume aussi que lorsque des collectivités auront acquis ce pouvoir, il y aura une diminution correspondante du pouvoir de l'État.

SUJET DE DISCUSSION:

Les programmes de justice réparatrice instituent de nouveaux centres de pouvoir au sein des collectivités. Quelles incidences cela a-t-il? S'agit-il d'une autre strate de pouvoir qui vient se superposer à l'actuel appareil de justice pénale?

La justice réparatrice: une réponse aux conflits distincte, ou intégrée?

Il faut examiner de près le rapport entre les programmes de justice réparatrice et le processus de justice pénale actuel. Les formes de justice populaire établies comme de nouvelles opinions au processus officiel ont tendance avec le temps à être absorbées par celui-ci, tout comme les formes



DANS LE DISCOURS ACTUEL sur l'autonomie,

la prise en charge de soi-même, on est loin

d'envisager la limitation de l'intervention de

professionnels dans la vie des citoyens. Y sont

plutôt favorisées l'apparition de nouveaux

types d'expertise professionnelle et la

désignation de « groupes clients », nouveaux

ou transformés, comme objets de ce nouveau

type d'intérêt professionnel

K. Baistow, « Liberation and regulation? Some

Paradoxes Of Empowerment » (1995) 42 Critical

Social Policy 34, p. 41

SUJET DE DISCUSSION:

invocée à toute étape du processus de justice pénale. À l'heure actuelle, les programmes de justice réparatrice entrent en scène avant l'inculpation, avant la déclaration de culpabilité, après la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la peine, après le prononcé de la peine, et aussi pendant que les délinquants sont en prison ou sont soumis à une surveillance communautaire. Parfois, ils paraissent constituer surtout une réponse à un conflit, parfois ils ont davantage le caractère d'une intervention thérapeutique, selon le stade du processus. Par exemple, la médiation entre victime et délinquant avant l'inculpation peut obéir à une dynamique différente que la médiation entre victime et délinquant qui intervient une fois que le délinquant est incarcéré, ou pendant qu'il est en libération conditionnelle.

Les objectifs des programmes de justice réparatrice diffèrent selon le stade du processus de justice pénale auquel ils sont proposés. Quelles incidences cela a-t-il sur la façon dont les programmes sont structurés, sur le choix des personnes qui y participeront et sur l'artimage de ces programmes avec le système de justice pénale en vigueur?

Dans certains textes sur la justice réparatrice, on sous-entend que le crime constitue une « chute morale ». Souvent, on conçoit l'infraction comme un manquement d'ordre moral – une faute personnelle témoignant de façon tangible d'un manque de respect pour les normes de la collectivité. Si le crime traduit un manquement sur le plan de la responsabilité personnelle, le but de la justice réparatrice consiste à ce que le délinquant réaffirme sa responsabilité personnelle par des actes de repentir – travail communautaire, indemnisation de la victime. On reconnaît que les membres de la collectivité jouent un rôle dans la création d'un milieu social favorable à la criminalité, mais uniquement dans la mesure où la collectivité n'a pas réussi l'intégration du délinquant. On met l'accent davantage sur la réparation au niveau individuel que sur l'objectif de changer la société pour mettre fin à l'aliénation de certaines personnes.

SUJET DE DISCUSSION:

Quel est le rapport entre la réparation au plan individuel et les forces sociales qui produisent les conditions favorisant la criminalité?

La description de la justice réparatrice qui précède est axée sur le cadre général et sur les principes sur lesquels les programmes actuels. Du fait que la justice réparatrice est une manière différente d'aborder le crime et la façon d'y réagir, elle soulève, au sujet du système juridique, un certain nombre de questions qu'il faudra approfondir. Nous en examinerons quelques-unes dans la section qui suit.

Qu'est-ce que la réparation ?

Le concept de réparation lui-même entraîne une certaine confusion au sujet de ce qui peut être le résultat du processus. Il faut tout d'abord préciser que, dans le cadre de la justice réparatrice, il diffère des « mesures de réparation » au sens habituellement donné à ce terme. L'indemnisation et les autres mesures de réparation peuvent être importantes pour les victimes et pour les délinquants, mais elles ne constituent pas la réparation en tant que telle. Ensuite, la « réparation » ne doit pas être comprise comme le fait de remettre la victime et le délinquant dans l'état où ils se trouvaient avant le conflit. Dans de nombreux cas, en effet, la relation entre la victime et le délinquant était dysfonctionnelle. Par exemple, en matière de violence conjugale ou familiale et dans le cas d'autres crimes liés à l'abus de pouvoir, le rétablissement de la relation telle qu'elle existait au moment du conflit ne constituerait pas une réponse appropriée.

La réparation suppose que les intéressés peuvent retrouver le sentiment de maîtriser leur vie et établir des relations fondées sur le respect et l'égalité. Elle est atteinte par la guérison des blessures, le développement d'un sentiment de bien-être, la création de conditions favorables au développement personnel, sur les plans émotif et spirituel. L'établissement d'un sentiment de confiance constitue aussi un élément important de la réparation. Pour les victimes comme pour les délinquants, la réparation est la reconquête personnelle de ce qui a été détérioré pendant un conflit. Cela suppose parfois le rétablissement de la relation telle qu'elle existait avant l'incident, parfois non.

La justice réparatrice revêt l'apparence d'une thérapie, tant pour la victime que pour le délinquant. On considère dans cette perspective que la justice dépend de la réalisation d'un sentiment de bien-être psychologique et émotif. En tant qu'intervention thérapeutique, la justice réparatrice peut être



avant tout à la recherche de solutions davantage susceptibles de répondre aux besoins des victimes, de favoriser la réinsertion des délinquants dans la collectivité et de refléter les exigences de la collectivité en matière de justice. Si on veut encourager l'établissement d'un consensus sur la meilleure façon d'agir à l'égard d'un conflit, il faut disposer de procédures extrêmement souples et créatives. Cela permet de dégager des solutions adaptées aux besoins spécifiques des différentes victimes et des différents délinquants. Les programmes de justice réparatrice doivent être en mesure de répondre aux besoins des victimes d'une manière rapide et empreinte de sensibilité.

La justice réparatrice en tant que réponse aux conflits

L'idée de la justice réparatrice, c'est une façon de réagir au crime selon laquelle on définit d'une manière différente le rôle des victimes, des délinquants et des membres de la collectivité. La participation des victimes et des délinquants forme obligatoirement un élément central des programmes de justice réparatrice. Les uns comme les autres doivent être pleinement informés de leurs options avant d'accepter de participer à un programme de justice réparatrice. Cela est particulièrement vrai pour les délinquants, à qui on peut demander de reconnaître leur culpabilité. Le processus de la justice réparatrice est relativement informel. Les victimes, les délinquants et les membres de la collectivité sont encouragés à chercher des façons originales de résoudre le conflit. Le rôle des responsables du programme n'est pas de donner des directives, mais de veiller à ce que les droits et les intérêts de toutes les parties soient protégés. Le calendrier du processus et la tenue des ententes seront davantage fonction des besoins des victimes, des délinquants et de la collectivité, que des caractéristiques de l'infraction ou des exigences du système de justice pénale au chapitre de la procédure. Les priorités sont les suivantes: répondre aux besoins sociaux, psychologiques, émotifs et spirituels des victimes et des délinquants, tout en veillant à la réparation des préjudices subis par les victimes. La justice est produite et reproduite dans les actions des victimes, des délinquants et des membres de la collectivité. Elle est le fruit de beaucoup de travail, de négociations, de désaccords, d'un consensus progressivement établi. Dans la justice réparatrice, le rôle du processus du droit pénal n'est pas d'infliger un châtiment, mais de faire participer victimes, délinquants et membres de la collectivité à une rencontre constructive répondant à ce que, selon eux, la justice exige.

actes par la réparation du tort causé – soit en indemnisant les victimes, soit en effectuant du travail communautaire.

La justice réparatrice suppose la participation active des membres de la collectivité. Ils sont encouragés à faire des efforts construits témoignant de leur désapprobation à l'égard des actes commis par les délinquants. Les membres de la collectivité sont en outre invités à appuyer les efforts faits par les délinquants pour assumer la responsabilité de leurs actes et pour aider les victimes, une fois qu'ils ont reconnu le préjudice causé. Par leur participation active au processus de résolution du conflit, les membres de la collectivité sont en mesure de rétablir les liens fondés sur un comportement approprié au sein de la collectivité.

3^e principe: Une approche consensuelle à l'égard de la justice

La formule actuelle du procès pénal s'est élaborée il y a plusieurs siècles sous la forme d'un processus accusatoire. Des parties adverses exposent leurs arguments devant un juge. Ce dernier apprécie les arguments au regard de principes juridiques, puis arrive à une décision, qu'il annonce aux deux parties. Pour l'accusation, l'objectif pratique (peu importe la théorie) est d'obtenir une condamnation. Pour la défense, l'objectif consiste à éviter une condamnation. La reconnaissance de sa responsabilité par le délinquant et les besoins des victimes ne constituent pas des valeurs essentielles.

Dans de nombreuses situations, la stricte dichotomie coupable/non coupable n'est pas une manière adéquate de formuler le conflit. En effet, les conflits ont souvent un caractère cumulatif, ils sont le produit des interactions de deux ou plusieurs personnes au fil du temps. Le conflit qui a mis les participants en contact avec le droit pénal constitue parfois le symptôme d'un problème persistant dans la relation. La culpabilité peut être ambiguë, elle peut aussi être mutuelle. Une déclaration de culpabilité peut même n'avoir aucun sens pour les participants, parce qu'ils se soucient davantage des conséquences du conflit.

L'approche fondée sur la justice réparatrice vise à susciter un consensus sur la meilleure façon de résoudre le conflit. Dans cette perspective, le rôle du système de justice pénale est de faciliter la participation active des victimes, des délinquants et des collectifs à la recherche de solutions. Cela doit faire l'objet de négociations et d'une entente entre toutes les parties. Les avocats, les juges, la police et tous les auxiliaires de la justice pénale peuvent participer au processus, mais leur rôle est plus restreint que dans le processus accusatoire. La médiation, la négociation, le règlement amiable, l'indemnisation, la réparation – tels sont les concepts clés. On s'attache

[...] OSONS AVOIR RECOURS AU MOINS

D'EXPERTS POSSIBLE. Et si nous en

consultons, pour l'amour de Dieu évitons de faire appel à des spécialistes du crime et de la résolution des conflits. Adressons-nous plutôt à des experts généralistes qui ont de solides connaissances dans des matières autres que le système de répression des crimes.

N. Christie, « Conflicts as Property » (1977) 17, *British Journal of Criminology* 1 p. 12.



2^e principe: La justice réparatrice suppose la participation de la victime, du délinquant et de membres de la collectivité

Quand on considère le crime comme une atteinte à des relations humaines, l'attitude logique consiste à inviter les personnes les plus touchées à décider ce qu'il convient de faire. Dans le système actuel, le processus est dirigé par l'État – la victime, le délinquant et les membres de la collectivité ne jouant qu'un rôle passif. Les victimes n'exercent que peu d'influence sur les procédures ou l'issue de l'affaire, et leur participation se limite à leur témoignage; les délinquants sont peu incités à assumer la responsabilité de leurs actes; le rôle des membres de la collectivité se limite à faire partie, éventuellement, d'un jury. Quand on définit le crime comme une atteinte à des relations humaines, toutes ces personnes ont l'occasion de jouer un rôle plus important dans le processus de résolution du conflit. Le rôle de l'État et des professionnels du droit consiste à assurer le fonctionnement d'un système qui cherche à faire assumer par le délinquant la responsabilité de ses actes, à favoriser la participation la plus entière possible de la victime et du délinquant et à réparer les torts causés.

Les programmes de justice réparatrice, comme les programmes de réconciliation entre victimes et délinquants, les conférences familiales et les cercles de détermination de la peine, sont axés sur l'idée d'une rencontre entre la victime et le délinquant. Le but est de permettre à ces personnes de se rencontrer en toute sécurité, en présence d'un facilitateur professionnel, pour discuter des façons de résoudre le conflit. Le facilitateur oriente l'interaction entre les participants. Les parties exposent leur version des faits, et on les encourage à se poser des questions les unes aux autres, à donner des explications, à essayer de s'entendre sur les faits. Elles sont aussi invitées à parler des mesures susceptibles de permettre la réparation du préjudice causé par le crime. Cette rencontre est censée aboutir à un accord dans lequel on précisera le type de mesures de réparation sur lesquelles on s'est entendu.

La rencontre met au premier plan l'obligation pour le délinquant de rendre compte de ses actes. Il doit expliquer personnellement son comportement à la victime et aux membres de la collectivité. Cette obligation repose sur la conviction que le délinquant a, du fait de son infraction, une dette envers la victime et la collectivité. On l'encourage à tenter de comprendre l'incidence de son comportement sur la vie des victimes et à reconnaître le tort causé, en présentant des excuses verbales ou écrites et en s'attaquant aux problèmes de comportement qui, le cas échéant, ont contribué à ses actes délictueux. Il assume aussi la responsabilité de ses

objectif de répondre aux préjudices causés par le conflit. Il faut pour cela une parfaite compréhension de la relation entre la victime et le délinquant, de la nature du conflit, de la gamme entière des préjudices subis par la victime et de ce qu'il est possible de faire pour réparer le préjudice, ainsi que de ce qui a provoqué le comportement du délinquant, et des mesures envisageables pour empêcher que ce comportement ne se reproduise. La justice réparatrice cherche à établir qu'une personne est responsable de l'atteinte à la relation entre la victime et le délinquant. Assumer cette responsabilité, c'est reconnaître les conséquences de ses actes et manifester la volonté de rendre des comptes à cet égard.

La culpabilité juridique n'est pas toujours directement liée à la responsabilité. On peut être déclaré coupable d'un crime tout en refusant d'en accepter la responsabilité (« ce n'est pas ma faute », « il a eu seulement ce qu'il méritait ») ; on peut accepter la responsabilité d'un acte sans en être déclaré coupable (« j'ai causé un préjudice même si je n'étais pas coupable ») ; ou encore, on peut à la fois accepter la responsabilité d'un acte et en être déclaré légalement coupable (« j'ai commis l'acte en question et je dois réparer les dommages que j'ai causés »). Par ailleurs, les punitions prononcées après une déclaration de culpabilité (incarcération, amendes, probation, etc.) ne sont pas nécessairement liées aux actions qui découlent de l'acceptation de la responsabilité relativement aux conséquences de ses actes (mesures de réparation, indemnisation, service communautaire, etc.).

Parmi les éléments du processus de justice pénale qui sont bien établis, tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure, bon nombre sont indispensables, étant donné les conséquences d'une déclaration de culpabilité. Mais ils peuvent entraîner l'application de la justice. Parfois, en effet, les délinquants peuvent se dissimuler derrière ces protections juridiques plutôt que d'accepter la responsabilité des conséquences de leurs actes. Quant on axe tous les efforts sur l'établissement de la culpabilité au sens juridique, on renonce à tout examen de la relation entre la victime et le délinquant, du préjudice subi par la victime et des types de mesures qui permettraient de réparer le tort causé par les actes du délinquant d'une manière satisfaisante pour la victime. Parfois, ces règles indispensables de la procédure pénale ont pour effet de rendre plus difficile la réalisation de la justice réparatrice.



Restorative Justice for Victims, Communities and Offenders, St. Paul (Minn.) Center for Restorative

LA JUSTICE RÉPARATRICE met l'accent sur les diverses façons dont le crime porte atteinte aux relations entre les personnes qui vivent dans une collectivité. Le crime est considéré comme un acte qui fait du tort à une victime et à la collectivité – et non simplement comme une atteinte à l'État

Les principes de la justice réparatrice

antérieure entre une victime et un délinquant, à laquelle le conflit a porté atteinte. Cela ne veut pas dire pour autant que toute relation devrait être rétablie dans son état antérieur. Parfois, la relation entre une victime et un délinquant était empreinte d'inégalité, ou elle était maintenue par la contrainte ou la violence. Dans un tel cas, les parties ne souhaiteront pas nécessairement rétablir la relation originelle, mais plutôt en édifier une nouvelle, fondée sur le respect mutuel. Dans le cas des crimes commis par une personne qui ne connaissait aucunement la victime auparavant, c'est en fait le crime qui crée la relation entre les deux parties. L'objectif de la réparation concerne alors l'établissement d'une nouvelle relation fondée sur le respect et l'égalité si cela est dans l'intérêt à la fois de la victime et du délinquant.

La réparation a donc une signification double. Pour les victimes et les délinquants, il s'agit de guérir les préjudices psychologiques et matériels causés par le crime. Sur le plan des relations, la réparation concerne la possibilité de construire une nouvelle relation fondée sur le respect et la dignité.

La notion de justice réparatrice, à l'égard de la réponse aux crimes, fournit un cadre dans lequel on s'intéresse aux besoins des victimes et on donne aux délinquants l'occasion d'assumer la responsabilité de leurs actes. Dans ce cadre, on peut imaginer différents programmes de justice réparatrice. Plusieurs ont déjà été instaurés. Presque tous sont fondés sur trois principes.

1^{er} principe : Le crime est une atteinte à la relation entre les victimes, les délinquants et la collectivité

Le système de justice pénale en vigueur au Canada définit le crime comme une atteinte à l'État; ce dernier se charge de poursuivre les personnes accusées. On cherche en premier lieu à établir si le comportement du délinquant correspond ou non à la définition juridique d'une infraction. De nombreuses règles de procédure pénale ont été élaborées pour aider les juges, les avocats, la police et d'autres auxiliaires de la justice à cet effet. Une fois que la culpabilité du délinquant, au sens juridique, a été établie, on s'attache à déterminer quelle peine serait appropriée.

La justice réparatrice définit le crime différemment; il ne constitue plus tant une atteinte à l'État, qu'un préjudice ou un tort causé à une ou plusieurs autres personnes. Le crime est un conflit entre des individus, qui cause des préjudices aux victimes, à la collectivité et aux délinquants eux-mêmes. Dans le cadre de la justice réparatrice, le système de justice pénale a pour

causés à des biens, indemnisation de la victime pour les menues dépenses qu'elle a dû engager. Ces mesures peuvent aussi revêtir un caractère plus symbolique: travail d'intérêt général, participation du délinquant à des séances de counseling ou de thérapie dans le but de résoudre des problèmes susceptibles d'avoir contribué aux actes délictueux. Les mesures de réparation peuvent viser les victimes immédiates, les victimes secondaires – amis de la victime, membres de sa famille – ou la collectivité à laquelle

appartient la victime ou le délinquant.

Les mesures de réparation, au sens restreint du terme, ne sont pas une fin en elles-mêmes. En effet, le but de la justice réparatrice ne consiste pas simplement à indemniser les victimes pour les biens perdus ou les dommages subis en raison d'un délit. Le tort causé par le crime dépasse de beaucoup les atteintes aux biens matériels. La colère, le ressentiment, l'impression de ne plus maîtriser sa vie sont des sentiments fréquemment exprimés par les victimes. Au sens large, la réparation est le processus par lequel on corrige le mal, on guérit les blessures. En outre, les mesures de réparation, au sens étroit du terme, sont appliquées dans une seule direction: le délinquant répare le préjudice causé par son acte. La justice réparatrice, elle, fait intervenir à la fois la victime et le délinquant. C'est pourquoi, si les mesures de réparation constituent une première étape importante (voire indispensable) vers la réparation au sens large, elles ne sont pas à elles seules suffisantes.

La réparation n'a pas la même signification pour les victimes, les délinquants et la collectivité. Pour les victimes, elle comporte un élément de guérison. Elle peut consister à leur redonner le sentiment de maîtriser leur vie, en leur offrant l'occasion d'exprimer leur colère, d'obtenir des réponses aux questions qu'elles se posent éventuellement au sujet de l'incident, de rétablir l'ordre et la prévisibilité dans leur vie. Pour les délinquants, la réparation suppose qu'ils acceptent la responsabilité de leurs actions en réparant les torts qu'ils ont causés. Elle exige aussi qu'ils s'attaquent aux problèmes contribuant à leur propension à commettre des actes répréhensibles. Cela peut aussi vouloir dire qu'ils devront apprendre à mieux gérer leur colère ou à régler un problème de toxicomanie. Pour la collectivité, la réparation consiste dans la dénonciation du comportement répréhensible et la réaffirmation des normes. La réparation comprend en outre les moyens utilisés pour la réinsertion des délinquants dans la collectivité.

Le concept de réparation met en relief la relation entre victimes, délinquants et membres de la collectivité. Un conflit peut nuire à une relation par ailleurs saine entre deux ou plusieurs personnes; il peut aussi provoquer la détérioration d'une relation déjà faussée – voire la fin d'une relation. Dans certains cas, la réparation consiste à rétablir une relation



LA JUSTICE RÉPARATRICE prend en compte

les effets émotifs du crime sur les victimes, les délinquants et la collectivité. Ces effets peuvent influencer d'une façon négative sur l'aptitude des gens à fonctionner dans la société, sur leur réinsertion sociale et sur leur capacité de jouir de la vie. La justice réparatrice vise la guérison des effets émotifs du crime, considérée comme un élément important de la réparation du préjudice. Il est important, si l'on veut demander des comptes au délinquant, qu'il soit mis au courant des effets émotifs, matériels et financiers de son crime. Il y a peu de chances, en effet, qu'il puisse véritablement assumer la responsabilité de l'infraction et de ses conséquences s'il ne comprend pas les répercussions de son comportement.

Nouvelle-Zélande, ministère de la justice
Restorative Justice: A Discussion Paper, ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande, 1996), p. 1, [en ligne]. <http://www.justice.govt.nz/pubs/eqorts/1996/restorative/index.html>



effet intervenir les membres de leur famille et des professionnels: enseignants, travailleurs sociaux, agents de police, avocats, etc. Pendant une conférence, les victimes et les délinquants relatent leur version des faits. On donne ensuite aux autres participants l'occasion de s'exprimer, et tout le monde discute des mesures de réparation nécessaires. Le succès des conférences familiales dépend en grande partie de la capacité des membres de la collectivité de susciter un sentiment de honte chez les délinquants. Le but de l'exercice consiste à montrer que la collectivité désapprouve l'acte commis (mais pas son auteur) et à offrir au délinquant la possibilité de

reintégrer la collectivité.

La justice réparatrice accorde une grande importance aux éléments matériels, économiques, émotifs, psychologiques et spirituels des conflits. Pour cette raison, elle peut s'avérer bien adaptée à la quête de la justice au sein d'une population diversifiée. De nombreuses collectivités autochtones du Canada, par exemple, ont recours aux cercles de détermination de la peine. Cette formule permet aux victimes, aux délinquants, aux anciens, à d'autres membres de la collectivité et à des fonctionnaires judiciaires de discuter, tous ensemble, des répercussions d'un conflit et d'explorer les façons dont il serait possible d'y remédier. La réparation des dommages causés et la réintégration du délinquant dans la collectivité sont considérées comme prioritaires. Les membres de la collectivité aident activement la victime et le délinquant dans le cadre du processus de guérison. Les comités de justice pour les jeunes fonctionnent d'une manière semblable aux cercles de détermination de la peine, mais sont utilisés pour les délinquants non autochtones comme pour les délinquants autochtones.

Le cadre de la justice réparatrice

Un thème commun aux divers programmes de justice réparatrice consiste dans la volonté de réparer le préjudice causé par le crime à la victime, au délinquant et à la collectivité. À l'heure actuelle, le droit pénal est focalisé sur les actions et l'état mental du délinquant. Son but consiste à déterminer la culpabilité et la peine adéquate. Le tort effectivement causé par le délinquant n'est pris en considération qu'à titre de preuve de la gravité de l'infraction ou dans le cadre de la détermination de la peine. La justice réparatrice, elle, s'intéresse principalement à la réparation des préjudices causés par l'acte du délinquant.

Il existe diverses mesures de réparation: restitution ou remplacement de biens, réparation matérielle ou économique de dommages (réparation d'un véhicule brisé, par exemple), versement d'une somme pour les dommages



[LA JUSTICE RÉPARATRICE] consiste à s'occuper des victimes et des délinquants en se focalisant sur le règlement des conflits suscités par le crime et en réglant les problèmes sous-jacents qui en sont à l'origine. D'une façon plus répandue, il s'agit aussi d'une manière d'aborder la criminalité en général selon une approche rationnelle de résolution des problèmes. Au centre de la notion de justice réparatrice, il y a la reconnaissance du fait que c'est la collectivité, et non les institutions de la justice pénale, qui constitue le lieu privilégié pour la répression du crime.

Nouvelle-Zélande : ministère de la Justice
Restorative Justice: A Discussion Paper,
ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande,
1996), p. 1. [En ligne]. <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/1996/restorative/index.html>

Les programmes de justice réparatrice

La justice réparatrice s'insère entre les théories de la justice et ses diverses pratiques. Il ne s'agit pas tant d'un système philosophique que d'un ensemble d'idées sur la manière dont on devrait rechercher la justice en tant qu'expérience vécue. Ces idées sont, par leur nature, fondées sur l'expérience. Elles s'appuient sur des actions concrètes. La justice réparatrice est une réponse aux conflits qui amène les victimes, les délinquants et la collectivité à réparer collectivement le tort qui a été causé, d'une manière conforme à leur conception de la justice.

Plusieurs types de programmes de justice réparatrice sont actuellement en cours en Amérique du Nord, en Europe, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Les programmes de réconciliation entre victimes et délinquants sont sans doute les mieux connus et les plus répandus. Ils consistent à réunir victimes et délinquants avec un facilitateur professionnel afin de discuter du conflit, de préciser les stratégies de réparation du préjudice et de s'entendre sur des calendriers concernant l'indemnisation, le suivi et les contrôles. Les programmes de réconciliation permettent en outre aux victimes d'exprimer leur colère en milieu contrôlé et de poser des questions aux délinquants. Les délinquants sont pour leur part placés dans une situation où ils peuvent connaître les conséquences de leurs actes, en assumer l'entière responsabilité et mettre en œuvre les mesures réparatrices qui sont indiquées. Les programmes de réconciliation entre victimes et délinquants ne sont pas de mise lorsque soit la victime, soit le délinquant ne souhaite pas y participer ou en est incapable, ou encore lorsque l'identité du délinquant n'a pas été établie. Dans de tels cas, il est possible de recourir aux groupes victimes-délinquants. Ces programmes consistent à organiser des rencontres entre des personnes qui ont été victimes d'un certain type de crimes et des personnes qui ont commis des crimes du même type. Malgré l'absence d'une relation directe entre victimes et délinquants, les participants sont ainsi confrontés à leur comportement et à leurs réactions respectives, et on fait voir aux délinquants les conséquences de leurs actes. Les conférences familiales ressemblent aux programmes de réconciliation entre victimes et délinquants, sauf que les participants y sont plus nombreux. En plus de la victime et du délinquant, ces conférences font en



sévères à l'auteur d'un délit? Deux observations préliminaires sont d'actualité. Premièrement, l'emploi du terme « punition » est ici réservé à la peine effectivement prononcée. Deuxièmement, les sanctions fixées par les tribunaux ne sont pas toutes des punitions. Un même exemple nous permettra d'expliquer ces deux points. Une personne est accusée d'avoir dérobé un article dans un magasin et est inculpée de vol. Cette personne doit subir la honte de l'arrestation, l'embarras d'avoir à dire à ses amis et à sa famille ce qui lui arrive; elle doit retenir les services d'un avocat, avec les frais que cela sous-entend, et passer par toutes les étapes du processus judiciaire. Supposons aussi qu'elle est finalement déclarée non coupable. Dans ce cas, aucune punition ne lui aura été infligée, même si elle a subi de nombreuses indignités avant de faire reconnaître son innocence. Supposons plutôt maintenant que le tribunal, au lieu de déclarer cette personne non coupable, prononce à son endroit une absolution inconditionnelle ou sous condition. Dans ce cas aussi, la personne a subi de nombreuses indignités, mais l'absolution inconditionnelle ou sous condition équivaut-elle à une punition? Ses souffrances découlent du processus, et non de la sentence rendue par le tribunal. Finalement, supposons que la même personne soit condamnée à une amende de 500 \$. Si son revenu annuel est supérieur à 1 000 000 \$, peut-on qualifier l'amende de « punition » – celle-ci étant définie comme le fait d'infliger des privations sévères à l'auteur d'un délit? Le système de justice pénale est coercitif. Le processus lui-même cause des préjudices, mais cela n'est pas la même chose qu'une punition. Si l'un des objectifs de la justice conçue comme expérience vécue est de ne pas causer de dommages à la victime, au délinquant ou à la communauté, on ne devrait pas avoir pour premier réflexe d'infliger des privations sévères.

dans laquelle la « vérité » abstraite peut reposer sur un ensemble objectif de faits et de principes, la recherche de la justice comme expérience vécue est un processus de contestation, de négociation et d'entente entre les parties à un conflit. En recherchant la vérité selon cette perspective, chaque partie sera mieux en mesure de comprendre la position des autres. Cela favorisera aussi chez elles une meilleure compréhension de leur propre comportement, de leurs propres réactions.

La justice suppose aussi qu'on donne aux délinquants et aux personnes qui ont subi un préjudice la possibilité d'épancher leur colère d'une façon constructive. Après tout, il faut bien admettre que la vengeance est l'expression de la colère. Il importe que les victimes aient l'occasion, en toute sécurité et sous une certaine surveillance, de dire au délinquant: « voilà ce que j'ai subi », ou « voilà la conséquence de vos actes ». On peut se servir de la colère pour montrer aux délinquants que leurs actes causent des répercussions et les inciter à en assumer la responsabilité.

La justice comme expérience vécue exige parfois la confirmation publique qu'un tort a été causé. Cette confirmation proclame, auprès des autres membres de la société, que les règles sont importantes et que le fait de les enfreindre entraîne des conséquences. D'autre part, elle indique que le délinquant devrait faire l'objet d'une attention spéciale. On l'isole temporairement de la société, d'une façon symbolique, afin de pouvoir examiner le comportement qui lui est reproché. L'objectif n'est pas de stigmatiser le délinquant, mais de le forcer à rendre compte de ses actes.

Il convient aussi d'apprécier la justice en fonction de ses résultats et de ses effets. Il faut veiller, au minimum, à ce que l'application de la justice ne cause pas d'autres préjudices. Les douleurs ou les souffrances causées par les actes des délinquants doivent tout d'abord être réduites le plus possible. Une fois ce résultat atteint, il convient de s'employer à résoudre le conflit d'une manière qui ne cause pas d'autres souffrances aux personnes lésées, au délinquant ou à la collectivité.

La justice comme expérience vécue comporte aussi une dimension procédurale. Elle exige que les procédures suivant lesquelles les décisions sont rendues soient impartiales et justes. Les individus doivent être traités avec respect. La reconnaissance de la faute ne doit pas être influencée par la situation personnelle des victimes ou des délinquants. Mais l'issue du processus doit être tempérée par la compassion. La justice doit être capable d'adaptation, pour tenir compte du contexte ainsi que des caractéristiques particulières de l'auteur du délit ou des personnes lésées.

Est-ce que la justice, abordée comme une expérience vécue, exige une punition – celle-ci étant définie comme le fait d'infliger des privations



salairé égal » répond au principe de l'équité, tandis que la maxime « une personne, un vote » relève du principe de l'égalité. La maxime « à chacun et à chacune selon ses besoins » répond à notre souci de justice sociale dans la répartition des biens et des services. Mais qu'arriverait-il si les besoins devenaient la valeur en fonction de laquelle est déterminé le salaire; le mérite, la valeur en fonction de laquelle est déterminé le nombre de voix; l'égalité, la valeur en fonction de laquelle est déterminée la répartition des biens et des services?

La justice peut aussi être appréhendée uniquement en termes de procédure: indépendamment de l'issue de l'action sur le fond, les gens souhaitent être traités équitablement par les juges. Ils veulent que les juges soient impartiaux, les écoutent, prennent en considération leur version des faits et rendent des décisions conformes aux normes existantes. Accorder une grande importance à la justice procédurale, c'est affirmer que les gens tiennent à ce que les décisions soient rendues d'une manière conforme à l'équité, à l'honnêteté, au respect des droits. En traitant les gens avec respect, on réaffirme leur place dans la société, on confirme que leurs points de vue et leurs préoccupations sont valables indépendamment d'éléments comme la position sociale, l'âge, le sexe ou l'ethnie.

La justice comme expérience vécue

À ces différentes conceptions de la justice correspondent des préoccupations morales et des intérêts très différents. Chacune adopte un point de vue particulier – et partiel – sur la façon de répondre aux conflits. Il est impossible de garantir que la vengeance ne conduira pas à l'exercice de représailles excessives. La justice rétributive ne précise pas *pourtant* il faudrait punir les délinquants pour rétablir l'équilibre moral. La justice corrective et réparatrice est difficilement applicable dans les conflits qui ne portent pas sur des biens. Quant à la justice distributive, elle ne propose pas elle-même des critères selon lesquels on pourrait faire un choix entre différents principes de répartition. La justice procédurale, enfin, est silencieuse en ce qui a trait au fond des différends.

Est-il possible de concevoir la justice comme une chose qui découle de l'expérience vécue? Et dans l'affirmative, comment cela peut-il se faire? La justice comme expérience vécue suppose la recherche de la vérité pour les personnes les plus directement impliquées dans un conflit. Il s'agit simplement de leur fournir l'occasion de donner leur version des faits, d'expliquer leurs intentions et de préciser les motifs de leur comportement, à leur façon et dans un langage qui leur est familier. Quelle que soit la mesure

la collectivité. L'État est en droit d'imposer un châtiment lorsque la loi a été violée. Exercée par l'État, la vengeance est purifiée, elle perd son caractère arbitraire et capricieux. Dans un système axé uniquement sur le châtiment, celui-ci devrait être proportionnel au préjudice causé par l'acte, sans varier en fonction des caractéristiques de l'auteur du délit ou de la personne lésée. Le châtiment infligé sous l'autorité de l'État répond certes au souci de punir pour rétablir un sentiment d'équilibre entre victimes et délinquants. Mais cela se fait d'une manière moins émotive que dans le cas de la vengeance, plus rationnelle, plus constructive sur le plan social. L'impartialité est assurée du fait que la justice n'est plus aux mains d'individus mais est confiée aux tribunaux, qui rendent des décisions selon des critères uniformes.

Dans le cas des litiges civils, les notions de justice corrective, ou réparatrice, sont appliquées d'une façon assez semblable à l'application de la justice rétributive dans le domaine du droit pénal. L'idée centrale est d'offrir à l'auteur d'une faute l'occasion de remédier à un tort en réparant le dommage causé. La réparation indique que l'auteur de la faute veut accepter la responsabilité du préjudice occasionné. Elle constitue aussi une reconnaissance de la souffrance éprouvée par la victime. La restitution des biens rétablit une relation d'égalité. Ainsi, une violation de la justice corrective suppose qu'une partie réalise un gain matériel aux dépens d'une autre personne. Comme dans l'application de la maxime « œil pour œil », l'auteur de la faute doit remettre à la victime ce qui lui a été enlevé – ni plus, ni moins. La justice consiste alors dans un transfert de ressources entre deux personnes.

Il existe aussi des théories de la justice axées sur le futur, qui visent à une maximisation du bien commun. Les réponses aux conflits, dans ce cas, ne sont pas justifiées en fonction du châtiment mérité ou de la culpabilité morale individuelle. La seule juste réponse à un conflit, dans cette perspective, est plutôt celle qui est revêue de la plus grande utilité sociale. La punition peut répondre à cet objectif dans la mesure où elle a un effet dissuasif sur d'autres personnes. Elle peut aussi neutraliser un délinquant, et l'empêcher par le fait même de commettre d'autres crimes. La punition peut également favoriser la réinsertion du délinquant dans la société – dans ce cas, l'utilité sociale consiste dans la réduction de la criminalité.

La théorie de la justice distributive répond à l'hypothèse suivant laquelle les avantages et les punitions devraient, dans la société, être répartis entre les individus selon un certain principe de proportionnalité. La justice distributive correspond étroitement à notre sens de l'équité. Les valeurs au regard desquelles est établi le caractère équitable d'une répartition sont elles aussi variables, et bien des ouvrages ont été consacrés au problème de savoir lesquelles devraient être privilégiées. La maxime « à travail de valeur égal,



Punition privée et publique

sur la politique pénale. Les responsables du système correctionnel cherchent d'autres solutions que l'incarcération: recours à la déjudiciarisation, accroissement du nombre de prisonniers admissibles aux programmes de surveillance communautaire. En plus, ces débats se déroulent dans un contexte de compressions budgétaires, et à un moment où le gouvernement s'est lancé dans une remise en question globale de la politique relative à l'aide sociale.

Ces critiques touchent les fondements mêmes du système de justice pénale: elles traduisent un scepticisme fondamental quant à sa capacité de rendre la justice. Pour bien des gens, il n'y a plus vraiment de lien entre les exigences de la justice et les façons dont nous réagissons aux crimes. Pour vérifier s'ils ont raison, il faut examiner différentes approches relatives à ce lien.

La vengeance est une justice individualisée, une justice que l'on se fait soi-même. Il s'agit d'une affaire personnelle, d'une réponse individuelle à un tort subi. La personne lésée entend obtenir vengeance contre celle qui lui a fait subir un préjudice. À ses yeux, l'auteur de ce préjudice a acquis un avantage injuste provoqué un déséquilibre dans la relation existant entre eux. La punition est une façon de rétablir l'égalité de cette relation. Le fait d'infliger à l'auteur du préjudice initial un préjudice équivalent confirme en quelque sorte que la personne lésée ne méritait pas le tort qui lui a été causé. La vengeance satisfait un besoin individuel de justification: elle consiste à « égaliser la marque » avec l'auteur du préjudice.

La vengeance étant une affaire personnelle, il n'y a pas de raison impérieuse de croire que ce que la partie lésée a perçu comme un préjudice constituait véritablement un préjudice, ou un préjudice méritant vengeance. Souvent, par ailleurs, la vengeance est extrêmement émotive, et on l'exerce au hasard. Il peut arriver que le préjudice causé à une personne provoque des représailles sévères, tandis qu'un préjudice analogue causé à une autre personne n'entraînera pas de représailles du tout. La vengeance est donc étrangère à la proportionnalité. Il n'existe aucun moyen de s'assurer que la punition est proportionnelle au préjudice ou que des préjudices semblables donnent lieu à des punitions équivalentes.

Le châtiment est une vengeance officialisée par l'État. L'idée de la justice rétributive est tournée vers le passé; la justice exige que l'auteur d'un délit soit puni comme il le mérite, en fonction de son infraction à la moralité. La loi est le reflet des normes de conduite fondamentales d'une collectivité; donc, un tort causé à un individu constitue, par extension, un tort causé à

de leur structure, sont incapables de fournir: Pourquoi cela m'est-il arrivé? Est-ce que je serai indemnisé pour les dommages causés à mes biens? Les organisations de défense des victimes ont elles aussi exprimé des critiques à l'égard de la procédure. Elles estiment qu'elles ont été écartées du processus et exercent des pressions pour obtenir le droit de participer davantage aux décisions relatives au traitement judiciaire des poursuites. Finalement, les victimes se voient privées de renseignements importants sur ce qui arrive aux délinquants une fois qu'ils sont entrés dans le système correctionnel.

De nombreuses mesures ont été prises pour aider les victimes. Par exemple, il est maintenant possible de produire devant le tribunal une « déclaration de la victime ». En outre, des programmes d'appui aux victimes et aux témoins ont été mis sur pied en de nombreux endroits. Ces programmes visent à familiariser les victimes et les témoins avec la procédure judiciaire et à éviter une nouvelle victimisation. Mais ces mesures ne modifient en rien la place attribuée à la victime dans le système. Elle reste à l'écart, confiée au rôle d'observateur, plutôt que de participer d'une manière directe et active aux décisions.

Le processus pénal actuel laisse aussi à désirer, parfois, du point de vue des délinquants. Il encourage nombre d'entre eux à faire preuve de passivité et à plaider coupable afin d'être condamnés à la peine la moins sévère possible. Leur crime est objectif et sorti du contexte social dans lequel il a été commis. Les actions des délinquants sont reformulées en termes d'infractions au Code criminel, plutôt qu'en tant qu'atteintes à autrui. L'avocat du délinquant utilise le droit pour établir la plus grande distance possible entre le délinquant et le conflit. On ne donne pas souvent aux délinquants l'occasion d'apprécier les répercussions de leurs actions sur la vie de leurs victimes, et on leur demande rarement de réparer les préjudices qu'ils ont causés. La formule du procès, qui les incite bien peu à assumer la responsabilité de leurs gestes, n'est pas faite pour leur inspirer le respect de la loi ni le respect d'autrui.

L'insatisfaction de certains Canadiens et Canadiennes à l'égard du système de justice pénale resurgit souvent sous la forme d'une explosion d'indignation publique devant un crime particulièrement odieux ou la réponse jugée inadéquate des tribunaux ou de la police. Le crime alimente l'indignation morale, avive les passions. Le Parlement réagit en adoptant des mesures plus répressives, dont il pense qu'elles protégeront mieux les citoyens respectueux de la loi – on incarne davantage de délinquants, notamment les jeunes, pendant des périodes plus longues, dans des prisons où les conditions de vie sont plus rudes, tout en diminuant les possibilités de remise en liberté anticipée. En revanche, des forces opposées s'exercent

[...] DU FAIT QUE L'ON CONSIDÈRE comme normaux les taux élevés de criminalité et que l'on reconnait d'une manière générale les limites des organisations dont relève la justice pénale, un des mythes fondateurs des sociétés modernes a commencé à être érodé – celui voulant que l'Etat souverain soit en mesure d'assurer la sécurité, la loi, l'ordre et la répression du crime à l'intérieur de ses frontières

D. Garland, « The Limits of The Sovereign State: Strategies Of Crime Control In Contemporary Society » (1996) 36 *British Journal of Criminology* 445, p. 448.



LES VICTIMES SONT CONFUSES, craintives et

en colère. Elles veulent comprendre pourquoi

cela leur est arrivé. Elles se sentent démunies

et ne savent à qui se confier pour obtenir de

l'aide et du soutien. Elles souffrent

physiquement, émotionnellement et financièrement

de leur victimisation et doivent faire face,

souvent pour la première fois de leur

existence, à la complexité déroutante du

système de justice pénale et de tous ses

éléments parfois contradictoires.

Canada - Rapport du Comité permanent de la

justice et des droits de la personne. Les droits

des victimes - participer sans entraver. Rapport

(Ottawa, 1998) chap. 1, [en ligne]. Comité

permanent de la justice et des droits de la

personne, <http://www.parl.gc.ca/infoComDoc/36.1>

LORSQUE LES AGENTS DE L'ÉTAT travaillent

sur le dossier de l'accusé, ils le redéfinissent

et le transforment sous l'angle du droit pénal –

dont ils se servent pour régler le processus

de résolution [...] Ils prennent en charge les

problèmes ou les conflits de l'accusé et en

font la propriété de l'État [...] laissant

l'accusé attendre l'issue d'un processus qui, à

ses yeux, est complexe, difficile à saisir,

mystique, et qui le prive de tout pouvoir.

R. V. Ericson et P. Baranek, *The Ordering Of*

Justice: A Study Of Accused Persons As

Deendants in The Criminal Process, Toronto,

University of Toronto Press, 1982, p. 216

transmises au public par les médias à ce sujet. En effet, les médias ont
tendance à se focaliser sur les crimes violents. De ce fait, les citoyens en
arrivent à surestimer le taux de criminalité violente dans leur propre
voisinage. De plus, quand les médias traitent des peines infligées aux
délinquants, ils ne donnent en général pas suffisamment de renseignements
sur le contexte.
Ce traitement médiatique a une incidence sur l'opinion des citoyens à
l'égard des peines infligées dans le système pénal. Des recherches ont montré
que lorsqu'on demande aux Canadiens et Canadiennes de dire ce qu'ils
pensent de la peine infligée à un délinquant après leur avoir montré les
comptes rendus des journaux sur le crime en question, ils ont tendance à
estimer qu'elle n'était pas assez sévère. En revanche, quand on leur fait lire
le dossier judiciaire, la plupart en arrivent à la conclusion que la peine était
trop sévère.
On met aussi en doute l'efficacité du système correctionnel sur les plans
de la dissuasion ou de la réinsertion sociale des délinquants. Pour certains,
les prisonniers jouissent d'un trop grand confort et la vie carcérale n'a pas
un caractère suffisamment punitif. Or, parmi les gens qui connaissent bien
le système, beaucoup ne partagent pas ce point de vue. Selon eux, le taux
élevé de récidive est une conséquence directe des conditions de vie pénibles
dans la plupart des prisons, de leur surpopulation, de la violence qui y règne.
Plutôt que de favoriser la réinsertion, les prisons augmenteraient chez
certains délinquants l'incitation à commettre d'autres crimes une fois remis
en liberté.
Les Canadiens et les Canadiennes manifestent aussi leur
désenchantement à l'égard du système de libération conditionnelle. Mais là
encore, il ressort des recherches qu'un fort pourcentage de la population est
en faveur de la libération conditionnelle et des solutions autres que
l'incarcération dans le cas des délinquants non violents qui constituent un
faible risque pour la société. D'autres études ont confirmé l'efficacité de ces
solutions de rechange.
L'insatisfaction envers le droit pénal est particulièrement vive chez ceux

et celles qui sont les plus directement visés par le processus, soit les victimes
et les délinquants. Les victimes sont dans une large mesure exclues du
processus judiciaire, sauf en tant que témoins. On présume que les intérêts
de l'État et ceux de la victime sont identiques. La plupart des victimes
souhaitent la reconnaissance publique de ce qu'elles ont subi un préjudice,
et le système de justice pénale est en mesure de répondre à cette
préoccupation. Toutefois, de nombreuses victimes souhaitent aussi des
réponses à des questions que les tribunaux de juridiction pénale, en raison

L'intérêt récent à l'égard de la justice réparatrice est apparu par suite d'une insatisfaction à l'égard de certains aspects du processus de la justice pénale. La justice, c'est la réalisation d'une situation dans laquelle la conduite ou les actes d'individus sont considérés comme équitables, justes, appropriés au regard des circonstances. La justice traduit notre conception du bien et du mal. Notre sens de la justice est mis en question devant une atteinte à ce que nous considérons comme le bien; il est rétabli quand les torts sont redressés. La justice est donc intimement liée à la réponse aux conflits.

Quand nous disons que la réponse aux conflits est une forme de justice, nous ne faisons pas que décrire le fonctionnement de tel type de réponse, ou pourquoi telle réponse est davantage susceptible d'être utilisée dans telle ou telle situation. Nous nous intéressons en fait à la façon dont les choses devraient être. Bien sûr, il existe d'innombrables ouvrages consacrés à la manière dont les tribunaux devraient rendre la justice dans des situations de conflit. Mais ce que nous oublions souvent, c'est que nous nous heurtons à des questions analogues dans le cadre de nos activités quotidiennes. Ma fille a dépassé l'heure que je lui avais fixée pour rentrer; devrais-je réprimander même si elle m'a donné une explication plausible pour justifier son retard? Et quel type de réprimande serait justifié? Quelle sera l'utilité de cette réprimande?

Ce qu'on reproche au système de justice pénale

Depuis quelques décennies, de nombreux Canadiens et Canadiennes reprochent au système juridique son inefficacité au chapitre de la répression de la criminalité (et bien sûr de la diminution de la criminalité). On dit notamment que les tribunaux font preuve « d'indulgence » à l'endroit des criminels – cette critique a été encore formulée tout récemment, à l'égard du régime applicable aux jeunes contrevenants. Ce que le public dit, en fait, quand il parle d'indulgence, c'est que les tribunaux n'infligent pas des peines assez sévères. Or, les taux de criminalité ont en fait diminué ces dernières années, alors que le taux d'incarcération au Canada figure parmi les plus élevés des pays occidentaux.

Selon les sondages d'opinion publique, certains Canadiens sous-estiment la sévérité des peines effectivement infligées aux délinquants (jeunes et adultes). Cela est sans doute attribuable en partie au type d'informations

LE TAUX DE CRIMINALITÉ [...] a régressé pour une septième année consécutive en 1998. La baisse de 4,1 % a donné lieu au taux le plus faible en près de 20 ans. [...] Depuis qu'il a atteint un sommet en 1991, le taux national de criminalité a diminué de 21,7 %. [...] Le taux de crimes de violence a fléchi de 1,5 % en 1998, ce qui marque le sixième recul annuel consécutif. [...] Les crimes contre les biens ont décliné de 6,7 % en 1998, maintenant la baisse générale constatée depuis 1991. Le taux de criminalité chez les jeunes [...] régresse depuis 1991, la baisse ayant été de 4,0 % en 1998.

Statistique Canada, *Statistiques sur la criminalité, 1998*, « Le Quotidien » (le mercredi 21 juillet 1998), <http://www5.statcan.ca/990721/q980721.htm>

LE PUBLIC A TRÈS PEU CONFIANCE en la capacité du système de justice à réagir à la criminalité. On estime que les grands défauts du système concernent principalement la sévérité insuffisante des peines, le fait que les détenus sont libérés avant d'avoir complètement purgé leur peine, l'incapacité de la commission des libérations conditionnelles de déterminer et d'apprécier le risque adéquatement, et le caractère « luxueux » des prisons canadiennes.

Angus Reid Group, *Alternatives to Incarceration, Final Report submitted to Solicitor General*, Ottawa, Angus Reid Group, avril 1996, p. 3.

sans pouvoir se voir refuser l'accès au système judiciaire. Elles sont forcées de tolérer les abus dont elles sont l'objet ou de tenter de régler le problème elles-mêmes.

Il arrive qu'on choisisse de résoudre un conflit par des moyens officiels alors qu'il serait possible de s'adresser aux tribunaux. Des voisins règlent un différend au sujet d'une clôture. Une petite entreprise s'entend avec un fournisseur. Des consommateurs qui ont fait l'acquisition de produits défectueux préfèrent assumer la perte plutôt que d'entreprendre une action en justice, à cause de l'incertitude d'une telle démarche ainsi que des coûts et des délais qu'elle sous-entend. Les détenus, les bandes de motards criminalisés et les trafiquants de drogues règlent leurs conflits eux-mêmes plutôt que d'attirer l'attention de la police et des autorités.

L'agression, l'évitement et la tolérance sont des méthodes officielles de résolution des conflits. Dans une certaine mesure, ce que nous définissons comme un crime constitue en fait une action agressive visant à se faire justice soi-même, ou un recours à la violence comme moyen de résoudre un conflit. L'évitement consiste notamment à s'éloigner d'un conflit en cours, ou encore à ne pas s'exposer à des situations propices aux conflits : par exemple, on pourra choisir la résignation, fuir, se cacher, émigrer, etc. La tolérance est un autre type de réponse face à un conflit. On peut simplement tolérer les comportements désagréables de personnes que l'on aime, ou que l'on craint, ou qui ont davantage de pouvoir que soi.

La thérapie, le counseling, les forums de justice populaire, les organisations communautaires, les réunions, les groupes de discussion, les groupes de travail – voilà autant de réponses aux conflits revêtues d'un caractère relativement informel, mais qui font intervenir d'autres personnes. D'une manière générale – mais pas toujours – ces formules sont indépendantes de l'État. Elles ont tendance à être appliquées à une échelle plus locale, à revêtir un caractère moins bureaucratique, et il y a moins de chances qu'elles se fondent sur la coercition pour garantir le respect, par les participants, des décisions rendues. La médiation, la négociation, les règlements amiables et la réconciliation sont des méthodes bien connues permettant de résoudre des conflits d'une manière consensuelle.

La relation entre les parties à un différend influe grandement sur la manière dont le conflit est abordé. Les conflits peuvent survenir entre des individus, entre un individu et une collectivité, ou encore entre des collectivités. L'incapacité de rembourser une somme empruntée à un parent ne sera pas considérée de la même manière que le non-remboursement d'un emprunt bancaire. En matière de relations de travail, une petite entreprise n'aura pas la même approche qu'une société multinationale. Ceux qui



refléter des considérations plus abstraites relatives à la justice: impartialité

procédure, équité, proportionnalité...

On peut notamment aborder les différentes réponses aux conflits selon

la mesure dans laquelle elles sont revêtues d'un caractère officiel. Les conflits peuvent être soumis à de nombreuses instances officielles: systèmes de droit civil et de droit pénal, tribunaux administratifs, organismes de réglementation, juridictions fiscales, tribunaux des droits de la personne, commissions des relations de travail, comités disciplinaires d'associations professionnelles, pour n'en citer que quelques-unes. Le degré de solennité varie d'un cadre à l'autre, mais chacune de ces réponses officielles aux conflits dispose de sa propre sphère de compétence, chacune est dotée d'une équipe de professionnels connaissant parfaitement les règles de procédure applicables, chacune dispose d'un ensemble précis de sanctions ou de mesures de réparation susceptibles d'être appliquées afin de résoudre le conflit.

Un trait essentiel des réponses institutionnelles aux conflits réside dans le fait que l'autorité du décideur repose en dernière analyse sur une coercition s'appuyant sur la force publique. Le lien entre la décision d'un juge d'une juridiction pénale et le recours légitime à la force est direct et immédiat. Dans le cas d'autres instances, ce lien est moins net. Dans le cas d'un procès civil, les parties adverses peuvent négocier sur les exposés de faits, conclure une transaction avant que la juridiction saisis ne rende sa décision. Il n'en demeure pas moins que ces négociations et transactions ont pour toile de fond le pouvoir de la juridiction d'imposer une décision et d'ordonner l'exécution du jugement.

Lorsqu'il est question de résolution des conflits, nous avons tendance à penser tout d'abord aux réponses officielles, par exemple celles des juridictions pénales et civiles. Des ressources et une énergie considérables sont investies dans les tribunaux judiciaires pour garantir leur efficacité et la qualité de la justice qu'ils rendent. Mais quand nous nous focalisons ainsi sur ces mécanismes officiels, nous avons tendance à négliger d'autres réponses aux conflits, qui pourtant jouent un rôle tout aussi important dans nos vies – voire plus important. Il nous arrive souvent, en effet, de régler nous-mêmes nos différends. Dans certains cas, les gens ne peuvent pas s'adresser au système judiciaire. Les enfants maltraités, les femmes battues, les personnes vivant en milieu défavorisé, par exemple, sont souvent dépourvus du pouvoir ou des ressources qu'il leur faudrait pour demander à la police ou aux services sociaux de les aider à résoudre un conflit. Dans bien des cas, ils risquent de subir de nouvelles violences s'ils le font. Les travaux de la Commission du droit du Canada sur les violences infligées aux enfants placés dans des établissements indiquent que souvent, les personnes

DES ELEVES ONT IDENTIFIE les adultes qui avaient abusé d'eux. Des élèves ont signalé d'autres enfants qui avaient été victimes d'agressions. Des élèves ont révélé

qu'eux-mêmes avaient exercé des services sur d'autres enfants. Ni la police, ni les autorités a qui les enfants étaient confiés n'ont pris de mesures [...] Le personnel du dortoir de Jericho Hill a nie être au courant de ces abus

maisqu'elles devaient protéger leur propres intérêts. Il semble que certains membres du personnel étaient au fait des cas d'abus. Ceux qui n'y croyaient pas ont tenté de discrediter et de faire exclure les personnes qui persistaient à qualifier de crédibles les faits

révélés par les enfants

ombudsman de la Colombie-Britannique. *Abuse of Power: Students at Jericho Hill*. Rapport public n. 32 novembre 1993

toxicomane ne sont que des objectifs secondaires. Si on redéfinissait la consommation de drogues comme un problème de santé (comme c'est actuellement le cas pour le tabagisme), l'objectif principal serait axé sur la prévention et l'incitation à ne plus consommer. Le traitement deviendrait une grande priorité. Les enjeux économiques touchant les taxes perçues sur la vente de drogues auparavant illicités passeraient au premier plan, et le rôle de la police en matière de répression perdrait de son importance.

Une fois qu'un problème se fait caractériser d'une certaine façon, l'esprit institutionnel de la société favorise le maintien de cette caractérisation. C'est particulièrement vrai en matière de droit pénal. Par exemple, lorsqu'un différend a été qualifié d'infraction criminelle par la police, il est pratiquement impossible aux premiers intéressés de modifier cette qualification. Le conflit relève désormais de l'État; les participants au différend peuvent être consultés, peut-être leur demandera-t-on de témoigner devant le tribunal, mais la décision relative aux suites à donner à l'affaire appartient en dernière analyse à l'État. Or, il n'y a pas nécessairement de lien entre les intérêts de l'État et ceux des parties au conflit: la victime souhaitera sans doute un règlement rapide de l'affaire, alors que le ministère public pourrait préférer suspendre l'instruction pour recueillir davantage d'éléments de preuve; la victime voudra sans doute obtenir réparation à l'égard du préjudice qu'elle a subi, tandis que le ministère public cherchera avant tout à faire condamner l'auteur du délit; peut-être la victime désire-t-elle simplement oublier l'incident ou régler l'affaire elle-même, d'une façon privée, alors que le ministère public attendra d'elle qu'elle fasse une déposition devant le tribunal; ou encore il peut arriver que la victime souhaite que le ministère public donne suite à toutes les accusations déposées par la police, alors que le ministère public arrivera à la conclusion qu'il n'y a pas de preuves suffisantes pour tenter des poursuites à l'égard de certaines d'entre elles.

Réponses aux conflits

Les conflits surgissent lorsque des actions sont jugées inacceptables. La réponse au conflit, c'est la façon dont nous mettons en pratique les normes relatives aux comportements acceptables, ou encore les principes du bien et du mal. Nos réponses peuvent prendre diverses formes. Elles peuvent traduire un sens de la justice extrêmement individualisé, comme dans le cas des représailles exercées par une personne en raison d'un tort qu'elle estime avoir subi. Elles peuvent aussi avoir une portée beaucoup plus générale et





SI NOUS RECONNAISSONS que le droit, a l'instar de la science, prétend a la vérité et que cela est indissociable de l'exercice du pouvoir, nous pouvons comprendre qu'il exerce un pouvoir, non seulement dans ses effets matériels (les jugements) mais aussi dans sa faculté de discréditer d'autres connaissances, d'autres expériences. Le savoir non juridique devient dès lors suspect et/ou secondaire. Les expériences de la vie quotidienne ne se présentent pas un grand intérêt du point de vue de leur signification pour les individus. Elles doivent plutôt être traduites sous une autre forme pour devenir des éléments « juridiques » et pour pouvoir être prises en compte par le système juridique

C. Smart *Feminism and the Power of Law*, London et New York: Routledge, 1989, p. 11.

problème d'ordre privé. La police n'aurait pas intervenir dans des querelles qui étaient définies par le droit comme de simples conflits entre un homme et une femme. La définition et l'application des règles de droit reflétaient le déséquilibre de pouvoir entre les sexes; le fait de définir la violence conjugale comme un acte d'ordre privé dont il valait mieux ne pas se mêler, était une des nombreuses façons par lesquelles l'application de la loi conférait aux hommes des droits sur les femmes. C'est seulement grâce aux efforts des organisations de femmes et d'autres groupes que la violence conjugale en est arrivée à être considérée comme un acte criminel et à être punie en conséquence. La qualité de l'acte, elle, n'a pas changé. Mais sa définition a été modifiée. Le pouvoir de certains groupes s'accroissant, les préjugés véhiculés par les définitions traditionnelles de ce qui est public et ce qui est privé sont devenus apparents. Dans un sens très réel, la définition d'un conflit est le produit d'une lutte entre des groupes opposés au sein d'une société.

Ces luttes de pouvoir se reflètent aussi dans le langage employé pour décrire un conflit et les types de connaissances et d'expérience jugés pertinents au cours des discussions qui le concernent. La profession médicale, les services sociaux, les syndicats, le droit pénal et le droit civil, les organisations de défense des victimes, les environnementalistes, les groupes de promotion de la santé, les économistes, le monde des affaires – tous ces groupes ont leur propre terminologie, leur propre jeu de concepts, qu'ils utilisent pour caractériser des expériences particulières, promouvoir certains types de connaissances, discréditer d'autres points de vue. Le système juridique, par exemple, s'empare des conflits qui surgissent dans nos vies quotidiennes pour les traduire en termes de droits et de fautes. Les parties à un conflit deviennent des sujets juridiques dotés de droits, plutôt que des personnes ayant des problèmes qui doivent être résolus. Les aspects du conflit qui sont juridiquement pertinents sont reformulés dans le langage du droit, alors que les autres éléments sont mis de côté, indépendamment de l'importance qu'ils revêtent pour les intéressés.

De la façon dont nous abordons un conflit découle l'établissement d'un ensemble de critères au regard desquels sera appréciée l'issue de ce conflit. Le fait qu'un conflit soit défini de telle ou telle manière met en relief certains aspects et en relègue d'autres à l'arrière-plan. La consommation de drogues (autres que les médicaments) est actuellement considérée comme un problème relevant du droit pénal. Une fois le phénomène défini en ces termes, les organismes chargés de l'application de la loi sont appelés à réprimer l'utilisation de ces drogues. L'objectif principal consiste à réduire l'incidence de la consommation de drogues illégales au moyen d'arrestations et de condamnations. La prévention et le traitement des effets de la

caractérisations ne sont bien sûr pas exclusives: l'agression violente contre une personne peut constituer tout à la fois un crime, un signe de psychose et la manifestation d'un défaut personnel. Elles ne sont pas non plus immuables: une agression violente peut être définie au départ comme un défaut personnel, puis comme un crime, puis comme un signe de psychose. Chaque partie à un conflit peut avoir sa propre façon de voir celui-ci, ce qui ne fait qu'accroître la complexité de sa résolution.

Le conflit est un concept relationnel; il se produit quand une personne définit comme inacceptables les actions d'une autre personne et estime qu'elles méritent une certaine réponse. La personne qui a subi le préjudice n'est pas toujours la mieux placée pour discerner le caractère déviant de l'action. Dans le cas de l'inceste, par exemple, il arrive qu'un enfant se fasse dire par une personne d'autorité que les rapports sexuels entre un adulte et un enfant sont une bonne chose. L'enfant peut alors très bien considérer les abus sexuels comme un comportement normal. Ce n'est qu'après l'intervention d'un tiers qu'il arrivera à comprendre le caractère répréhensible du comportement en cause.

Il n'y a, dans une situation de conflit, aucun élément inhérent qui ferait primer une caractérisation plutôt qu'une autre. La caractérisation privilégiée découle en grande partie du pouvoir relatif de différents groupes dans la société à telle ou telle époque. L'entreprise et la main d'œuvre, le sexe, la race, l'ethnie sont autant de façons courantes de grouper divers intérêts dans la société. La capacité de ces groupes à faire reconnaître leurs intérêts varie au fil du temps. Néanmoins, étant donné leur position structurelle dans la société et les ressources dont ils disposent, certains groupes sont nettement favorisés au chapitre de la définition des conflits – les entreprises par rapport aux travailleurs, les riches par rapport aux pauvres, les hommes par rapport aux femmes, les non-Autochtones par rapport aux Autochtones, par exemple.

La relation entre pouvoir et conflit est mise au jour lorsque changent les caractérisations d'un conflit par suite d'une lutte politique entre des groupes aux intérêts divergents. Des groupes de promotion de la santé ont livré un combat contre les sociétés productrices de tabac afin que la consommation de cigarettes soit perçue par le public, non plus comme un élément du mode de vie, mais plutôt comme un problème de santé. À l'inverse, de nombreux oncologues font des pressions auprès des autorités pour faire reconnaître le cannabis comme un traitement médical légitime plutôt que strictement comme une substance dont la possession constitue un crime.

La définition d'un conflit peut aussi constituer un moyen de perpétuer des relations marquées par un déséquilibre des pouvoirs. Jusqu'à il y une vingtaine d'années, la violence familiale était considérée comme un



répercussions subjectives de celui-ci peuvent se faire sentir pendant des semaines, des mois, voire des années.

Les conflits causent de la souffrance et des préjudices. Ils blessent des personnes et causent des dommages matériels, d'une manière parfois irréparable. Ils entraînent parfois la destruction des relations entre des personnes. Pourtant, les conflits peuvent aussi avoir des effets positifs. Ils permettent de tracer des frontières, tant au sens physique qu'au sens social. Ils établissent des limites quant à ce qui est un comportement acceptable et ce qui ne l'est pas. Les enfants apprennent quels comportements sont socialement acceptables en entrant en conflit avec leurs camarades, leurs parents, leurs enseignants, les autres personnes avec lesquelles la vie les met en contact. Les conflits précisent les normes en vigueur dans la société et les renforcent.

Sur le plan individuel, ils peuvent être propices à la croissance personnelle et au développement moral. Nous apprenons de nos erreurs. Nous apprenons à comprendre et à apprécier les intérêts et les préoccupations d'autrui. À l'échelle de la collectivité, les conflits sont une occasion de débattre des valeurs et des normes autour desquelles s'articulent les réglementations, d'examiner les hypothèses sur lesquelles elles reposent, de vérifier leur validité au regard de thèses opposées. Les conflits contribuent ainsi à modifier les règles formelles de façon à mieux tenir compte des intérêts contradictoires des individus et des groupes.

Différentes manières de définir les situations de conflit

La façon dont nous appréhendons et jugeons les comportements n'est jamais fixée. Elle reflète à la fois notre recherche d'une meilleure compréhension des notions de bien et de mal, et l'incessante transformation des relations de pouvoir au sein de la société. Par exemple, les associations de défense de l'environnement ont dû se battre pendant des années pour faire reconnaître le caractère inacceptable de certaines pratiques – coupes à blanc, chasse commerciale à la baleine, chasse au phoque, brûlage à la torche du gaz naturel. En résumé, elles ont essayé de les définir comme des conflits. Il ne suffit pas de susciter un conflit. Il faut aussi préciser le type de conflit auquel on a affaire. Le fait que tel ou tel conflit soit considéré comme un problème de santé, un délit civil, une erreur de jugement, un manquement à une obligation contractuelle, un défaut personnel, un signe de psychose, une infraction au droit international, un problème économique, etc., dépend dans une certaine mesure du succès des luttes menées par des groupes opposés pour promouvoir leurs intérêts. Ces différentes

réglementation. Un frère et une sœur peuvent s'entendre sur l'opportunité de se partager un jouet, mais être en désaccord sur la mise en pratique de ce principe. Deux pays peuvent amorcer des négociations en vue d'élaborer un accord sur la protection des stocks de poisson, sans pour autant parvenir à s'entendre sur la répartition des prises entre les pêcheurs de chaque pays. Plusieurs raisons peuvent expliquer un désaccord sur l'interprétation d'un principe convenu: l'incertitude inhérente au langage, la difficulté de quantifier ou de mesurer des pratiques au regard de principes abstraits, le désir de tirer injustement un avantage concurrentiel, la malveillance, la protection d'intérêts économiques ou politiques – pour n'en mentionner que quelques-unes.

Même dans le cas où tous les citoyens s'entendraient jusqu'à un certain point sur les conceptions relatives au bien et au mal, des conflits surgirient tout de même. Pour diverses raisons, des personnes adoptent parfois des comportements dont elles savent qu'ils susciteront la réprobation des autres membres de la collectivité. Souvent, une collectivité acquiert une meilleure appréciation de ses valeurs du fait même que certains de ses membres les contestent expressément.

L'intensité d'un conflit peut être mesurée d'une manière objective et d'une manière subjective. Objectivement, on peut mesurer les préjudices corporels et émotifs causés à des personnes et les dommages causés à des biens. Les guerres, les insurrections et les autres formes de conflit armé occasionnent bien entendu des dommages considérablement plus importants que l'inscription de graffiti ou le stationnement illégal. L'intensité d'un conflit comporte aussi des éléments subjectifs. Supposons que l'appartenance d'un couple est canibale. Chaque conjoint pourra répondre au conflit d'une manière bien différente. Par exemple, on peut imaginer qu'un des deux éprouvera une plus grande inquiétude et modifiera son comportement, ou bien voudra munit la maison d'un système d'alarme ou de barreaux de sécurité pour prévenir de futures effractions. L'autre se contentera peut-être, pour sa part, de remplacer les biens volés, sans rien changer à son mode de vie.

Les effets objectifs et subjectifs d'un conflit ne sont pas toujours en rapport les uns avec les autres. Les conflits qui provoquent d'importants dommages matériels et corporels risquent fort d'avoir de sérieuses conséquences subjectives, mais tel n'est pas toujours le cas. La réaction de chaque personne dépend de son âge, de son sexe, de ses rapports avec les autres personnes impliquées dans le conflit, de ses réactions à de précédents conflits et de plusieurs autres variables. Dans bien des cas, il est relativement aisé de remédier aux dommages objectifs causés par un incident, mais les



méthodes auxquelles nous avons recours pour établir l'ordre dans notre société font elles-mêmes naître des conflits, intentionnellement ou non. D'une manière plus fondamentale, les conflits entre des personnes sont inévitables parce qu'ils sont liés à la désignation d'un comportement comme bon ou mauvais. En effet, les différends sur les conceptions de l'acte bon et de l'acte mauvais caractérisent la condition humaine. Ces conceptions varient souvent selon les grands axes de nos sociétés: culture, géographie, sexe, génération, ethnie, race, religion. Certaines notions de bien et de mal sont relativement constantes à travers tous ces axes (comme c'est le cas pour l'homicide), tandis que pour d'autres la variabilité est beaucoup plus grande (à l'égard de la consommation d'alcool, par exemple). Certains aspects touchent la plupart des citoyens, alors que d'autres concernent des groupes précis au sein de la société. Indépendamment des dispositions du droit pénal, les conceptions du bien et du mal peuvent changer selon le cadre social, et aussi au fil du temps.

Les débats sur le bien et le mal interviennent dans toutes les facettes de notre vie privée et publique. Au sein de la famille, ils sont fréquents, notamment dans les relations entre parents et enfants. Dans notre vie professionnelle, nous sommes continuellement appelés à créer, à interpréter, à observer des règles et des procédures qui structurent nos relations avec nos collègues et avec le public. En tant que membres d'une collectivité, nous participons à des discussions sur des sujets d'intérêt local et particulier (zonage, application des règlements, par exemple) comme sur des sujets de portée nationale et générale (droit constitutionnel, eutanasie, politique commerciale, immigration, etc.). Ces discussions s'articulent autour de notre conception du bien et du mal, de la façon dont nous répondons aux actes qui nous paraissent répréhensibles, des moyens à prendre pour prévenir les actes générateurs de conflits. C'est par le jeu de telles discussions que les notions de bien et de mal se cristallisent dans des règles et des pratiques sociales. Ces discussions ne sont jamais terminées. Les normes de comportement, tant officielles qu'informelles, sont continuellement remises en question et réexaminées.

Pour établir le cadre d'un conflit, il faut tout d'abord s'entendre sur les principes généraux en fonction desquels sera défini ce qui constitue un « bon » et un « mauvais » comportement. Mais le conflit peut aussi porter, justement, sur l'interprétation et l'application des définitions de ce qui est bien et de ce qui est mal. Une association de défense de l'environnement et une société minière peuvent reconnaître la nécessité de limiter le plus possible la dégradation de l'environnement, tout en divergeant d'avis sur l'interprétation des normes d'émission établies par un organisme de



II Réflexion sur la notion de conflit

Les conflits sont omniprésents dans nos vies; ils surgissent à la maison, au travail, dans nos rapports en tant que membres de diverses collectivités. Cela ne veut pas dire pour autant que notre vie quotidienne se déroule dans un climat de siège. Les conflits varient en intensité et en durée. Certains causent des dommages matériels et émotifs profonds et durables. En fait, certains conflits sont intégrés à nos vies au point où ils nous définissent. D'autres ont simplement un caractère irritant – ces petits agacements vite oubliés au cours de nos activités quotidiennes. Par ailleurs, les conflits ne sont pas totalement négatifs. Sur le plan individuel, ils nous indiquent comment notre comportement touche autrui, nous suggèrent des façons différentes d'envisager certains actes, certaines situations. Sur le plan societal, les conflits créent l'impulsion qui provoque des changements et des progrès sociaux. La façon dont nous répondons aux défis et aux occasions suscitées par les conflits découle de notre conception de la justice.

Les éléments des conflits

Le conflit résulte d'un comportement, chez un individu ou un groupe, qui pour une autre personne ou un autre groupe est inacceptable et mérite une réponse. Ce comportement peut être pathologique (la déviance sexuelle d'un pédophile, par exemple), mais dans la plupart des cas il s'agit d'actes moins graves, plutôt banals (comme le fait de fumer dans un lieu où c'est interdit). Le conflit et la façon dont nous y répondons sont indissociables: ils forment les deux volets de l'interaction sociale.

Le conflit, au sens où ce terme est entendu ici, est un concept relationnel. Il suppose nécessairement l'interaction de personnes ou de groupes au sein de la société. Ne sont pas visés, ainsi, le conflit psychologique, la tension ou l'anxiété psychique qu'on peut éprouver devant un problème, ni les tensions psychologiques attribuables à des besoins, des pulsions ou des attentes incompatibles ou contradictoires. Ce type de conflit peut avoir des répercussions sérieuses pour la personne concernée et ses proches; toutefois, nous nous intéresserons uniquement aux conflits, causés par un désaccord sur ce qui est « bien » et ce qui est « mal » (à des degrés divers), qui surviennent entre des individus ou des groupes.

Le conflit n'est pas le contraire de l'ordre; le conflit et l'ordre n'existent pas dans un rapport à somme nulle. Dans bien des cas, les règles et les

IL Y A UN CONFLIT dès qu'une personne cause un tort à quelqu'un ou exprime un grief à l'endroit d'une autre personne. Il y a un conflit dès qu'une personne adopte un comportement jugé déviant par une autre personne, ou soumet une autre personne à un contrôle social

D. Black. *The Social Structure of Right and Wrong*, (éd. rév.), San Diego (Californie) Academic Press, 1998, p. xiii.

comme moyen de faciliter l'interaction sociale harmonieuse » devrait occuper une place plus importante dans notre conception du droit pénal. Dans cette perspective, on met l'accent sur les relations entre les parties et sur la façon dont ces relations sont modelées par le droit et par d'autres institutions sociales.

La justice réparatrice est le concept dans lequel cette autre conception du droit pénal trouve habituellement son expression. Mais ce concept a aussi une résonance dans certaines formules contemporaines de résolution des différends civils qui prennent leurs distances à l'égard de la procédure judiciaire contradictoire. La justice réparatrice, comme ces formules, conduit à de nouvelles façons de concevoir la manière dont les conflits sont définis et envisagés et la manière dont ils peuvent être abordés dans un esprit créatif.

Dans ce document de discussion, nous examinons pour commencer, étudions le potentiel transformateur de l'idée de conflit elle-même. On n'a pas consacré suffisamment d'énergie à repenser les conflits ou la théorie et les pratiques de la justice sur lesquelles devaient reposer les réponses juridiques aux conflits. Sous ce rapport, la question initiale qu'il faut se poser est celle-ci: comment devrions-nous envisager les conflits, comment devrions-nous les aborder?

Le droit et la justice, voilà deux grandes idées par le truchement desquelles notre société décrit, oriente et favorise les rapports humains. Elles figurent aussi parmi les plus controversées. Parfois, le droit semble s'inscrire au rang de nos réalisations sociales les plus nobles; d'autres fois, il offre bien peu de réconfort à ceux et celles qui sont contraints d'endurer des relations douloureuses, insatisfaisantes ou dysfonctionnelles.

Lorsque des relations sont fondées sur la confiance, l'interdépendance et le respect, on les décrit souvent étant comme « saines » et « harmonieuses ». Dans ce cas, le droit peut sembler proposer des règles, des procédures et des institutions facilitant les interactions équitables. En revanche, lorsqu'un de ces trois éléments est absent, nous parlons habituellement d'une relation « déséquilibrée ». Le déséquilibre est souvent manifeste dans un conflit.

Mais les interactions humaines quotidiennes peuvent être conçues autrement. Ainsi, nous pouvons aussi considérer que les désaccords et les conflits sont un produit inévitable de la vie de tous les jours. Chacun et chacune a ses propres intérêts, ses propres désirs, ses propres projets d'autres constamment, se heurtent aux intérêts, aux désirs et aux projets d'autres personnes. Il arrive en outre que des activités ne suscitant aucun désaccord au départ finissent par engendrer un conflit, parce que les circonstances ou les points de vue ont changé. Dans de tels cas, nous voyons une tout autre facette du droit: le droit comme moyen de réaliser la justice en réprimant des comportements socialement inacceptables qui se manifestent dans le cadre d'un conflit.

Depuis des siècles, les philosophes, les hommes et femmes d'État et les juristes débattent de la manière dont ces deux conceptions peuvent être réconciliées. Le débat a maintes fois été axé sur le droit pénal, où prévalait la perspective du « droit comme instrument de contrôle social ». Le droit annonce une série de comportements qu'il pose comme injustes et institue les mécanismes suivant lesquels ils seront formulés, détectés et réprimés. Dans le droit occidental, nous avons longtemps cru que conférer ce rôle à l'État est la meilleure façon de prévenir les vendettas et d'autres types d'escalades de conflits.

Or aujourd'hui, cette conclusion est de plus en plus remise en question. Le système de justice pénale sous l'autorité de l'État ne paraît plus répondre adéquatement à nos besoins. Pour bien des gens, la perspective du « droit

Il existe actuellement toute une gamme de programmes de justice réparatrice dans le domaine de la justice pénale. La plupart sont fondés sur les trois principes suivants:

- Le crime est une atteinte à la relation entre les victimes, les délinquants et la collectivité.
- Les réponses au crime devraient favoriser le concours actif de la victime, du délinquant et de la collectivité.
- Une approche consensuelle à l'égard de la justice constitue la plus efficace au crime.

Chaque fois que la chose est possible, ces programmes de justice réparatrice amènent les délinquants, les personnes qui ont subi un préjudice et des membres de la collectivité à se réunir pour réagir aux retombées d'un crime en tenant compte des besoins de toutes les parties.

La perspective de la justice transformatrice

On retrouve dans d'autres domaines du droit bon nombre des problèmes qui se posent dans le système de justice pénale: le droit s'avère souvent incapable de répondre aux besoins des personnes aux prises avec un conflit; les conflits sont formulés selon le langage des tribunaux, plutôt qu'en fonction de la manière dont les individus les vivent; dans bien des cas, les mesures réparatrices ne répondent pas adéquatement aux besoins des personnes qui ont subi un préjudice; souvent, le processus exige beaucoup de temps, il est coûteux, il entraîne de la confusion. Ne pourrions-nous pas appliquer les notions de la justice réparatrice aux conflits relevant du droit civil, dans des domaines comme le droit de l'environnement, le droit des sociétés, le droit civil, les relations de travail, les faillites personnelles et le droit de la famille, pour n'en citer que quelques-uns? Et même, ne serait-il pas possible d'appliquer ces idées aux litiges civils dans lesquels l'existence d'une faute ou d'une personne fautive n'est pas évidente?

Ce document de discussion constitue le premier volet du travail amorcé par la Commission du droit du Canada sur le thème des rapports sociaux. Selon la Commission, l'observation du fonctionnement de la justice réparatrice au Canada et ailleurs dans le monde peut être riche d'enseignements quant à la façon d'aborder des relations complexes où interviennent des intérêts divergents. En examinant les façons dont la justice réparatrice peut être développée au sein du système de justice pénale, nous soulevons aussi quelques questions à l'égard des processus utilisés pour la résolution des litiges civils.

pénal. La police, les tribunaux et les professionnels du système correctionnel reconnaissent qu'ils sont sur le point d'atteindre les limites de la capacité du système de répondre efficacement à la criminalité. Tant le grand public que les professionnels sont d'avis que la politique et les pratiques actuelles laissent beaucoup à désirer. Tout le monde est à la recherche de nouvelles méthodes de résolution des conflits.

La justice réparatrice: une nouvelle façon d'aborder les conflits

Le concept de la justice réparatrice est une façon novatrice de répondre à la criminalité et aux conflits. On peut déceler dans le passé des peuples du monde entier des pratiques relevant de ce que nous appelons maintenant « justice réparatrice », mais le mouvement le plus récent en ce sens dans les systèmes de droit pénal occidentaux a vu le jour au début des années 1970. Deux Canadiens, Mark Yantzi et Dave Worth, avaient demandé à un juge de Kitchener, en Ontario, de leur permettre de mettre à l'essai une nouvelle méthode avec deux jeunes délinquants arrêtés pour vandalisme. Il s'agissait de laisser les victimes et les délinquants décider eux-mêmes, avec les autorités, de la meilleure façon de procéder pour réparer le préjudice causé par le conflit. Depuis lors, le champ des pratiques relevant de la justice réparatrice s'est élargi considérablement et ce type de justice, à l'origine considéré comme une approche marginale, en est venu à occuper une place reconnue dans la politique pénale.

La justice réparatrice se fonde sur une idée simple: la façon la plus efficace de répondre à un conflit consiste à réparer le préjudice causé par l'acte délictueux. Des mesures de réparation, matérielles et symboliques, sont le point de départ du processus, mais la réparation au sens large ne se limite pas au dédommagement de la victime. Pour la personne lésée, la réparation signifie à la fois la réparation du préjudice matériel causé par le conflit et le fait de retrouver la pleine maîtrise de sa propre vie. Pour le délinquant, la réparation suppose à la fois l'acceptation de la responsabilité de ses actions, par la réparation du préjudice qu'il a occasionné, et la prise de mesures à l'égard des problèmes qui ont contribué à la perpétration du délit. Pour la collectivité, la réparation signifie à la fois la dénonciation des actes délictueux et l'aide aux victimes et aux délinquants dans le cadre du processus de réparation. On voit donc que la justice réparatrice vise en même temps à répondre au conflit immédiat et à favoriser le développement d'une relation fondée sur le respect entre les délinquants, les personnes qui ont subi le préjudice et les membres de la collectivité.

IL ARRIVE QUE DES IDÉES et des innovations aient des débuts modestes et ne soient aucunement planifiées. Ainsi, lorsqu'un samedi soir deux adolescents éméchés se sont livrés à des actes de vandalisme dans la petite ville d'Elmira parce qu'ils en voulaient à la police locale, rien ne permettait de penser que l'incident ferait les manchettes des journaux ou marquerait l'histoire de la justice pénale. Et quand le 28 mai 1974, les deux jeunes hommes ont été arrêtés et ont plaidé coupables, de vingt-deux chefs de dormages intentionnels, ils ne pouvaient s'imaginer que l'expérience qu'ils allaient vivre serait relatée à maintes reprises, sous le nom de l'« affaire Elmira », dans d'innombrables articles, communications et conférences.

D.E. Peachey, « The Kitchener Experiment », dans M. Wright et B. Galaway (dir.), *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*, London, Sage Publications, 1989, 14, p. 14.

croissance morale, le développement personnel. Sur un plan social, les conflits nous aident à déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. Les conflits nous permettent d'examiner, de réaffirmer ou de revoir les normes de comportement au regard d'intérêts contradictoires.

Pour une société, donc, les conflits constituent à la fois un défi et une occasion. Le but de la politique sociale ne saurait consister simplement dans l'élimination des conflits – ce serait du reste impossible. Il consiste plutôt à miser sur le potentiel transformateur des conflits, à s'en servir pour construire une société plus juste.

La plupart des gens ont de nombreuses façons différentes de répondre aux conflits. Par exemple, dans certains cas on se contentera de faire preuve de tolérance, on évitera les comportements qui heurtent autrui, on essaiera de régler soi-même le conflit. Ces mesures informelles semblent banales quand on les compare à des réponses comme les procès pénaux ou civils, qui sont fortement empreintes de solennité et se caractérisent par le rite et le symbolisme. De prime abord, nous avons tendance à considérer le procès comme la solution normale, voire la meilleure; nous pensons que c'est à l'État qu'il devrait revenir de régler les conflits. Pourtant, dans notre vie quotidienne, nous rencontrons rarement ces réponses institutionnelles. De plus, il n'est pas certain qu'elles soient plus raffinées ni plus efficaces (ou plus faillibles) que les méthodes informelles auxquelles nous avons recours tous les jours.

Les conflits et la justice

Les conflits et la manière dont nous y réagissons sont directement liés aux conceptions individuelles et sociales relatives à la justice et à ses exigences. Qu'est-ce qui peut être considéré comme une action juste, correcte et appropriée dans telle ou telle situation? Devant une situation conflictuelle, notre sens de la justice est interpellé. Il s'affirme quand nous réussissons à résoudre un conflit d'une manière satisfaisante.

La justice civile comme la justice pénale, telles qu'elles sont actuellement constituées, s'avèrent parfois impuissantes à cet égard. Le public semble perdre confiance en elles, il ne les croit plus capables de répondre à ses besoins et à ses attentes. Les tribunaux de juridiction civile sont de plus en plus inaccessibles pour un nombre croissant de citoyens. Mais au delà de l'accessibilité, c'est un sentiment de désenchantement et d'aliénation qui semble caractériser l'opinion des Canadiens et des Canadiennes sur la justice rendue par les tribunaux civils. La situation est analogue à l'égard du système de justice pénale. Victimes et délinquants sont mis à l'écart du processus

Un adolescent ne rentre pas à l'heure fixée par ses parents. Un travailleur est réprimandé pour avoir contrevenu aux règles de sécurité. Un employé divulgue des renseignements confidentiels à une entreprise concurrente. La police arrête une femme soupçonnée d'homicide involontaire. Un homme se fait reprocher par son épouse des propos déplacés tenus pendant un dîner. Un fabricant est incapable de payer les matières premières qu'il a achetées. Deux voisins cessent de se parler à la suite d'un désaccord sur l'emplacement de la limite entre leurs propriétés. Une entreprise contrevient à la réglementation sur l'environnement. Le chien d'une personne tue le poulet d'un voisin. Un chasseur abat un chevreuil sans permis. Un couple décide de se séparer. Par suite de la faillite d'une société, des travailleurs, des fournisseurs et des prêteurs ne reçoivent pas l'argent qui leur est dû. La Cour suprême du Canada clarifie les pouvoirs constitutionnels du Parlement.

Nos vies sont marquées par les conflits, au point où souvent nous ne nous rendons même pas compte de la manière dont des faits et des pratiques en arrivent à être qualifiés de conflits. Pour la même raison, les implications des stratégies mises en œuvre pour répondre à ces conflits passent souvent inaperçues. Un conflit, c'est d'abord un désaccord. Un conflit surgit lorsque les actions d'une personne ou d'un groupe sont considérées comme inacceptables par une autre personne ou un autre groupe, qui estime nécessaire de réagir. Est inacceptable le comportement qui déborde les limites de ce qui est généralement tenu pour un comportement normal ou acceptable dans une situation donnée. Le conflit est une caractéristique fondamentale de notre société: il nous amène à définir ce qui est bien et ce qui est mal, et à agir en conséquence.

Certains conflits peuvent provoquer des préjudices matériels et émotifs profonds et durables. D'autres produisent des effets fugaces. L'intensité d'un conflit tient à des éléments à la fois objectifs et subjectifs. Par exemple, des conflits peuvent causer des dommages matériels ou des préjudices physiques mineurs, tout en provoquant des dommages psychologiques durables. L'élément subjectif des conflits nous sensibilise au fait que les conséquences de ceux-ci dépendent dans une large mesure de la perception et des réactions de la personne lésée.

Les conflits ne sont pas seulement un aspect négatif de la vie sociale. Ils peuvent aussi avoir de nombreux aspects positifs. Ils apprennent à chacun d'entre nous à distinguer le bien du mal. Ils favorisent chez l'individu la



V Les défis de la justice réparatrice 35

Qu'est que la réparation? 35

La justice réparatrice: une réponse aux conflits distincte, ou intégrée? 37

La coercition 39

La justice réparatrice et la justice 40

Les besoins de la victime 43

La signification du mot « collectivité » 44

La justice pénale comme moyen de changer la société? 47

(Quels intérêts sert la justice réparatrice? 48

VI La perspective de la justice transformatrice 51

Bibliographie sommaire 57



| | |
|---|----|
| Sommaire | 1 |
| Les conflits et la justice | 2 |
| La justice réparatrice: une nouvelle façon d'aborder les conflits | 3 |
| La perspective de la justice transformatrice | 4 |
| I Introduction | 5 |
| II Réflexion sur la notion de conflit | 7 |
| Les éléments des conflits | 7 |
| Différentes manières de définir les situations de conflit | 10 |
| Réponses aux conflits | 13 |
| Aborder les conflits sous l'angle de la réparation | 16 |
| III Réflexion sur la justice | 19 |
| Ce qu'on reproche au système de justice pénale | 19 |
| Punition privée et publique | 22 |
| La justice comme expérience vécue | 24 |
| IV La promesse de la justice réparatrice | 27 |
| Les programmes de justice réparatrice | 27 |
| Le cadre de la justice réparatrice | 28 |
| Les principes de la justice réparatrice | 30 |
| La justice réparatrice en tant que réponse aux conflits | 34 |



Pour la Commission du droit du Canada, il existe un lien étroit entre la justice réparatrice dans le contexte du droit pénal et les autres modes de résolution des différends dans le domaine du droit civil. Dans les deux cas, on tente ici d'esquisser une nouvelle façon d'imaginer les mécanismes suivant lesquels les conflits sont définis et envisagés, les principes en vertu desquels on détermine quelles personnes sont véritablement parties à un différend et la nature possible des mesures de réparation optimales. Le présent document de discussion s'intéresse tout d'abord à la notion de justice réparatrice telle qu'elle a été élaborée dans le système de justice pénale, pour ensuite essayer d'en étendre la portée à d'autres domaines du droit, par le truchement de la notion de justice transformative.

Ce document de discussion a été préparé pour la Commission du droit du Canada par Dennis (Dole) La Commission apprécie grandement le travail qu'il a accompli. Elle tient aussi à souligner l'apport d'autres personnes au projet de la justice transformative: Jennifer Llewellyn et Robert Howse, auteurs d'un document de travail intitulé « La justice réparatrice – cadre de réflexion », les participants à la Table ronde sur la justice réparatrice qui a eu lieu à l'automne 1998; et enfin, les personnes qui ont pris part au groupe de discussion électronique organisé par la Commission du droit le printemps dernier.

Nous espérons que ce document de discussion suscitera un débat approfondi, qui contribuera à orienter nos futures recherches sur le thème des rapports sociaux et nous aidera à établir un rapport sur la justice transformative à l'intention du Parlement du Canada. La Commission recevra avec plaisir les observations et les réflexions du public, qui peuvent lui être communiquées de la façon suivante:

Par la poste:
Commission du droit du Canada
473, rue Albert, bureau 1100
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0H8

Par télécopieur: (613) 946-8988
Par courriel: info@cdc.gc.ca



La Commission du droit du Canada a fait des rapports sociaux l'un de ses principaux thèmes de recherche. Avec la diversification croissante de la société, les Canadiens et les Canadiennes, de plus en plus, se voient non pas simplement comme des individus, mais aussi comme des membres de groupes. Pourtant, dans une large mesure, notre droit demeure fondé sur le postulat que seuls comptent les individus. Cela est particulièrement évident dans la manière dont y sont considérées les relations interpersonnelles qui donnent naissance à des conflits.

Traditionnellement, le contentieux judiciaire repose sur la présomption que les procès ont pour but de dégager les faits qui ont trait à une situation de conflit particulière, pour ensuite établir quelles règles de droit s'appliquent à ces faits. Le processus judiciaire est axé sur l'affrontement de deux parties et sur le passé. Son application produit des gagnants et des perdants.

Or, ce modèle n'est applicable que d'une manière très imparfaite à bon nombre de nos plus importants problèmes sociaux. Souvent, les conflits concernent plus de deux parties. Par ailleurs, les personnes en situation de conflit ne cherchent pas nécessairement la simple réparation d'un préjudice ou le rétablissement d'une situation antérieure; souvent, elles souhaitent la transformation d'une relation qui s'est dégradée.

Les limites du droit pénal et du droit civil sur le plan de la réponse aux conflits ont été étudiées d'une manière approfondie par les juristes et les commentateurs – particulièrement dans le cas du droit pénal. On a consacré beaucoup d'énergie à la recherche de solutions autres que la punition et l'incarcération comme moyens de favoriser la réinsertion sociale des délinquants. L'idée de la justice réparatrice est une approche prometteuse, s'agissant du renouvellement du droit pénal.

Dans le droit relatif aux différends de nature civile – contrats, droit de propriété, droit de la famille, etc. –, on assiste à une remise en question analogue. Dans ce cas, l'objectif a habituellement consisté à envisager, comme modes de résolution des différends, d'autres solutions que le recours aux tribunaux. Aucun effort n'a été fait pour repenser la théorie et la pratique de la justice sur lesquelles ces autres solutions devraient être fondées, ni à évaluer dans quelle mesure ces remises en question témoignent de transformations sociales d'une nature plus globale.

Canada

ISBN 0-662-64363-1

Catalogue No J12-6/1999

De la justice réparatrice à la justice transformatrice

Document de discussion



COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA



COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA



De la justice réparatrice
à la justice transformatrice
Document de discussion

